

A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais*

Gilmar Mendes

Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil, Professor de Direito Constitucional nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília – UnB (1988), com a Dissertação “Controle de Constitucionalidade: Aspectos Políticos e Jurídicos”, Mestre em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha – RFA (1989), com a dissertação “Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der abstrakten Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht” (Pressupostos de Admissibilidade do Controle Abstrato de Normas perante a Corte Constitucional Alemã), Doutor em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha – RFA (1990), com a Tese “Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal”, Publicada na Série Schriften zum Öffentlichen Recht, da Editora Duncker & Humblot, Berlim, 1991 (a tradução para o português foi publicada sob o título “Jurisdição Constitucional: o Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha”. 4. ed. São Paulo, 2004. 395 p.).

SUMÁRIO: 1 Notas introdutórias; 1.1 A questão na Alemanha; 1.2 A questão no Brasil; 2 Elementos da jurisdição constitucional brasileira em contextos tendentes à supranacionalidade; 2.1 O direito internacional e a Constituição brasileira; 2.2 O direito internacional e a jurisprudência do STF; 2.2.1 A incorporação dos tratados e convenções internacionais; 2.2.2 A incorporação dos tratados e convenções internacionais no âmbito do Mercosul; 2.2.3 A incorporação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos; 3 Aspectos gerais da justiça constitucional em contextos tendentes à supranacionalidade: os casos do Mercosul e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos; 3.1 O caso do Mercosul; 3.2 O caso do Sistema Interamericano

* Palestra ministrada no curso de verão da Universidade de Direito de Coimbra, Portugal, em 15 de julho de 2004 e texto básico de conferência no II Congresso Mundial de Direito Processual – O Poder Judiciário diante da Globalização e do Avanço da Tecnologia da Informação – Impactos e Perspectivas, realizada em Recife/PE, em 19 de maio de 2005.

de Direitos Humanos; 4 Notas conclusivas: os desafios e as possibilidades de justiça constitucional em contextos supranacionais.

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Há muito se assinala que o direito constitucional e, por extensão, a teoria da constituição, arrostam uma crise decorrente de vários problemas. Daí falar o professor CANOTILHO em um elenco de problemas básicos da teoria da constituição. PÉREZ LUÑO cogita de uma crise de paradigmas.

Para os nossos fins, faremos rápidas referências a alguns desses “problemas”.

Cogita-se do *problema da referência*, que está a indicar a visão normativa incidente sobre os indivíduos, olvidando-se o papel desempenhado pelas organizações e atores coletivos neocorporativos.

Tem-se, ainda, como relevante, o *problema da universalização*.

O Estado, que havia sido erigido à condição de universalidade na forma do Estado-pessoa, fixado no conceito de soberania, passa agora a sofrer a concorrência de outras universalidades (o mercado, as empresas, o governo, os grupos, os sistemas de informação, as tecnologias etc.).

No âmbito interno, o Estado, enquanto sujeito dotado de um estatuto especial ou privilegiado, passa a conviver com amplo pluralismo social, processos extrajudiciais e pulverização de princípios ordenadores. No âmbito externo, surgem os ordenamentos supranacionais, que, igualmente, passam a colocar em xeque o modelo dominante de soberania.

Relevante, ainda, revela-se o *problema da reinvenção do território*. O território configura um ponto de referência do modelo tradicional de Estado, enquanto espaço de exercício dos poderes inerentes à soberania. Como observa CANOTILHO, hoje, “quanto mais o direito estiver ‘supranacionalizado’ ou internacionalizado tanto menos o território constituirá as margens do ‘mundo soberano’”.

O direito de fronteira é totalmente revisto. Os sistemas de defesa passam a atuar também fora das fronteiras e em contextos internacionais. Da mesma forma, as empresas multinacionais saltam de território para território. A chamada Rodada do Uruguai legitima a *transnacionalização da produção*. Comunidades de imigrantes e refugiados organizam-se como *poder multicultural* dentro das fronteiras dos estados de acolhimento.¹

Não há novidade na constatação de que a história do constitucionalismo está indissociavelmente ligada à história do Estado-nação. A Cons-

1 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1334.

tuição configura o elemento fundacional desse modelo de Estado democrático, que arrosta toda sorte de desafios, muitos deles contraditórios.

Na observação do saudoso Professor LUCAS PIRES, a Constituição teria sido um feliz ovo de Colombo para uma quadratura do círculo, até então não conhecida na História, pois “foi através desta norma das normas e sede de competência das competências (...) que a democracia pode assegurar, ao mesmo tempo, a regulação de objetivos, antes contraditórios, de liberdade e segurança, alternativa e estabilidade, mudança e ordem, soberania do indivíduo (cidadania) e soberania do Estado”.²

Não deixa de ser interessante anotar, outrossim, que esse modelo de Estado-nação e de Constituição serviu de referência para a vastíssima obra de autodeterminações. Sobre essa mesma base, constrói-se, posteriormente, o caminho para a micro e macroregionalização³ e para a própria discussão sobre a mundialização.

Todo esse quadro faz com que a Constituição perca o sentido de singular elemento-chave do universo jurídico-político. O Estado deixa de ser o Estado-império e passa a ser Estado-região. Ademais, o Estado deixa de ser o detentor da última decisão.⁴

Os movimentos ligados à globalização e à regionalização abriram fendas significativas no âmbito do Estado-nação (fronteira/cidadania/moeda/segurança). Essas questões se, de um lado, testam a ordem constitucional, produzem, de outro, a necessidade de desenvolvimento de uma nova compreensão para essas entidades de integração política supranacional.⁵

Certamente, muito contribuiu para esse desenvolvimento, especialmente no que concerne à chamada *europização* do Direito Constitucional local, a própria abertura institucional consagrada em diversos textos constitucionais europeus (cf. *v.g.* Preâmbulo da Lei Fundamental de Bonn e art. 24 (I); o art. 11 da Constituição italiana,⁶ os arts. 8^o e 16^o e da Constituição

2 PIRES, Francisco Lucas. *Introdução do direito constitucional europeu*. Coimbra, 1997, p. 7.

3 *Idem*, *ibidem*, p. 7.

4 *Idem*, *ibidem*, p. 8-9.

5 *Idem*, *ibidem*, p. 12.

6 O art. 11 da Constituição italiana preceitua que a Itália “consente, em condições de reciprocidade com outros Estados, nas limitações de soberania necessárias a uma ordem asseguradora da paz e da justiça entre as Nações”.

7 Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 725-727. Dispõe o atual art. 8º da Constituição da República portuguesa (quarta revisão/1997): “Art. 8º (direito internacional). 1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internamente o Estado português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos”.

8 O art. 16, nº 1, da Constituição portuguesa preceitua que: “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito

portuguesa; e, por fim, os arts. 9º (2) e 96 (1) da Constituição espanhola,⁹ dentre outras).¹⁰

Não se demorou a perceber que o novo modelo criava Poder Estatal diferenciado e independente dos Estados-membros, cujos atos não careciam de ser confirmados nem poderiam ser suspensos pela decisão destes.¹¹ Deu-se um passo significativo para o reconhecimento da supremacia do direito europeu – especialmente na parte que permite a transferência de poderes –, expressamente admitida pelo Tribunal Europeu, em 1964,¹² e pelo 2º Senado da Corte Constitucional alemã, em 1971.¹³

No caso alemão, esse processo teve desenvolvimento com a jurisprudência da Corte Constitucional (Solange – I; Solange – II), tendo em vista os direitos fundamentais, nos limites do art. 24 da Lei Fundamental. Posteriormente, esse desenvolvimento passou a ter por fundamento o novo art. 23 da Lei Fundamental.¹⁴

Os direitos fundamentais passaram por um processo de *europeização* em dois planos: o primeiro, com o reconhecimento de que a proteção desenvolvida pelo Tribunal de Justiça europeu era suficiente de uma perspectiva constitucional; o segundo, pela jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos, que, segundo entendimento da Corte Constitucional alemã, há de ser seguida pelos Tribunais alemães.¹⁵

Os desenhos institucionais que têm dado ensejo ao desenvolvimento de comunidades supranacionais louvam-se, certamente, na Constituição.

Todavia, há uma tendência transcendente ou autonomista, que permite cogitar do surgimento de ordens independentes ou autônomas, ainda que não hierarquicamente superiores. Já o fenômeno da internacionalização intensa nas relações multilaterais acaba por ter um efeito irradiador sobre todo o sistema constitucional. Não há como deixar de considerar esse novo

internacional”. Ademais, o art. 16, nº 2, aduz que: “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

9 A Constituição espanhola, em seu art. 9, nº 2, afirma que: “As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece se interpretarão de conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificadas pela Espanha”. Ademais, no art. 96, nº 1, dita a regra de que: “os tratados internacionais, logo que publicados oficialmente na Espanha farão parte da ordem interna espanhola”.

10 Cf. FROWEIN, Jochen Abr. *Die Europäisierung des Verfassungsrechts*. In: BADURA, Peter; DREIER, Horst. *Festschrift des Bundesverfassungsgerichts*. Bd. I, 2001, p. 209-210.

11 Idem, *ibidem*, p. 210.

12 EUGH. Slg. 1964, 1251 (1269 s.), Rs 6/64 – Costa /ENEL. Cf. também FROWEIN, op. cit., p. 210.

13 BVerfGE 31, 145 (173 s.); cf. também FROWEIN, op. cit., p. 211.

14 Cf. FROWEIN, op. cit., p. 217.

15 Cf. FROWEIN, op. cit., p. 219.

contexto na compreensão da ordem constitucional, que passa a ser um dentre os relevantes elementos desse complexo processo de institucionalização.

1.1 A questão na Alemanha

Peculiar problema resultava da integração da República Federal da Alemanha à Comunidade Européia. Embora a lei de aprovação do Tratado da Comunidade Européia (*EWG – Vertrag*) possa ser objeto de aferição judicial, o que acaba por permitir a aferição da constitucionalidade do tratado de instituição da Comunidade (*Gründungsvertrag*) sob a condição de *Direito Comunitário primário* (*primäres Gemeinschaftsrecht*),¹⁶ não há como deixar de reconhecer a dificuldade de se proceder ao controle do chamado *Direito Comunitário secundário* (*sekundäres Gemeinschaftsrecht*), isto é, daquelas normas jurídicas expedidas pelos órgãos da Comunidade.

Na decisão de 29.04.1974, a maioria do 2º Senado do *Bundesverfassungsgericht* reivindicou a competência para aferir, no processo de controle concreto de normas (LF, art. 100, I), a legitimidade de norma integrante do *Direito Comunitário secundário* – pelo menos enquanto o sistema jurídico da Comunidade não contivesse catálogo de Direitos Fundamentais semelhante àquele constante da Lei Fundamental, aprovado por um Parlamento.

Segundo essa jurisprudência, as disposições sobre direitos fundamentais contidas na Constituição alemã, base essencial e absolutamente imprescindível de sua estrutura constitucional, não poderiam ser relativizadas por meio da aplicação do disposto no art. 24 da Lei Fundamental.¹⁷

Consoante a tradicional jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, apenas leis formais podem ser objeto do controle concreto de normas.¹⁸ O Tribunal esforçou-se, todavia, para contornar esse óbice, utilizando-se da seguinte argumentação:

“Como o Direito Comunitário não conhece uma distinção entre disposições legais formais e atos regulamentares, toda norma do Direito Comunitário, inclusive aquela de caráter regulamentar, há de ser considerada norma legal para os efeitos de apreciação de sua legitimidade pelo *Bundesverfassungsgericht*.”¹⁹

Essa construção seria aceitável caso se pudesse afirmar que, com a aprovação do Tratado sobre a Comunidade, o legislador federal teria *transformado*, de forma antecipada, as regras jurídicas expedidas pela Comuni-

16 ULSAMER, BVerfGG, § 80, nº 55; SACHS, *Normenkontrolle bei primärem Gemeinschaftsrecht?*, NJW, 1982, p. 465 (468).

17 BVerfGE 37, 271 (280).

18 BVerfGE 1, 184 (197).

19 BVerfGE 37, 271 (283).

dade.²⁰ Essa argumentação não era admissível, porém, porque o *Bundesverfassungsgericht* enfatizara a separação entre a ordem jurídica interna e o sistema comunitário, entendendo que as normas derivadas do Tratado da Comunidade “seriam provenientes de fontes jurídicas autônomas”.²¹

Não obstante, entendeu o Tribunal que a execução de atos regulamentares da Comunidade por órgãos administrativos da República Federal da Alemanha ou a sua aplicação por um Tribunal alemão configurava exercício de *poder público alemão* (*Ausübung deutscher Staatsgewalt*).²²

Não ficou explicitado, contudo, se essa orientação seria, igualmente, válida para a hipótese de aplicação de outras disposições do Direito Constitucional não integrantes do catálogo de direitos fundamentais.²³

A decisão do 2º Senado da Corte Constitucional foi veementemente criticada, porque, segundo a opinião dominante, o controle do *Direito Comunitário secundário* deveria esbarrar na própria competência do Tribunal.²⁴ Essa opinião assenta-se na idéia de que somente emanações do Poder Público alemão podem ser objeto do controle de normas perante o *Bundesverfassungsgericht*.²⁵

Tal como ressaltado em votos vencidos, as disposições do Direito Comunitário não passam a integrar a ordem jurídica alemã em virtude de sua aplicação por autoridades da República Federal da Alemanha.²⁶

Essa orientação do *Bundesverfassungsgericht* foi atenuada na decisão de 25.07.1979 – chamada *decisão talvez* (*Vielleicht-Beschluss*) –, na qual o Tribunal deixou em aberto se e, em que caso, em virtude dos novos desenvolvimentos jurídicos e políticos no âmbito europeu, seriam ainda aplicáveis os pressupostos da decisão proferida em 29.05.1974.²⁷

Esse *obiter dictum* foi interpretado por algumas vozes da literatura jurídica como uma renúncia à *doutrina enquanto* (*Solange-Doktrin*) consa-

20 RUPP. *Zur bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle des Gemeinschaftsrechts am Massstab der Grundrechte*, NJW, 1974, p. 2153 (2155); cf. também ERICHSEN. *Bundesverfassungsgericht und Gemeinschaftsgewalt*, Verw. Arch. 66 (1975), p. 176 (178).

21 BVerfGE 22, 293 (296).

22 BVerfGE 37, 271 (283).

23 BVerfGE 37, 271 (277).

24 MEIER, Gert. *Anmerkung zum Beschluss vom 29.04.74*, NJW, 1974, p. 1704. MEIER ressalta que essa decisão incidiu em dupla ruptura jurídica, uma vez que lesa, a um só tempo, o Direito Constitucional alemão (Lei Fundamental, art. 100) e princípios fundamentais do Direito Comunitário (art. 189 do Tratado da Comunidade Econômica Européia).

25 MEIER, Gert. Op. cit., p. 1704.; ERICHSEN. *Bundesverfassungsgericht und Gemeinschaftsgewalt*, Verw. Arch. 66 (1975), 177 (185).

26 BVerfGE 37, 271 (301).

27 BVerfGE 52, 187 (202).

grada na primeira decisão.²⁸ As decisões proferidas sobre direito de organização da Comunidade Européia²⁹ parecem ter consolidado o abandono da doutrina enquanto (*Solange-Doktrin*) pelo *Bundesverfassungsgericht*.³⁰

Na decisão de 22.10.1986 chegou o Tribunal à conclusão de que, a despeito de todas as ressalvas, toma distância da concepção anterior:

“Enquanto a Comunidade Européia, – em particular a jurisprudência do Tribunal da Comunidade Européia – assegurar (assinalou a Corte) efetiva proteção aos direitos fundamentais contra o exercício de poder dos órgãos da Comunidade, o *Bundesverfassungsgericht* não exercerá sua competência para aferir a compatibilidade com os direitos fundamentais dos atos de autoridades alemães praticados com base no ‘direito comunitário secundário’”.³¹

Afastou-se, assim, o Tribunal do entendimento segundo o qual a proteção dos direitos fundamentais tornava indispensável a existência de lei formal aprovada por um Parlamento.³² É de anotar-se que a decisão de 22.10.1986 não contém uma renúncia definitiva à tese de que o *Direito Comunitário secundário* pode ter legitimidade aferida em face do catálogo de direitos fundamentais da Constituição alemã.

É certo, porém, que, diante dessa jurisprudência, parecia cada vez mais distante a possibilidade de que o “Direito Comunitário secundário” tenha sua legitimidade aferida em face dos direitos fundamentais da Constituição alemã.

Essa orientação sofreu algum abalo com a decisão proferida no caso *Maastricht* de 12.10.1993.

O *Bundesverfassungsgericht* admitiu que atos soberanos da comunidade poderiam afetar direitos fundamentais na Alemanha. “Eles afetam (afirmou o Tribunal) a garantia da Lei Fundamental e a tarefa do *Bundesverfassungsgericht*, que tem por objeto proteger os direitos fundamentais e não apenas em relação a órgãos estatais alemães”.³³ Teria, assim, a Corte Constitucional a função de proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais também em face do poder soberano da Comunidade.

28 TOMUSCHAT, BVerfG contra EuGH – *Friedensschluss in Sicht?* NJW, 1980, p. 2611; FASTENRATH, Anmerkung zum Beschluss des Zweiten Senats vom 25. 7.1979, DVBl, 1981, 490.

29 BVerfGE 58, 1; BVerfGE 59, 63.

30 EVERLING, U. *Zum Vorrang des EG-Rechts vor nationalem Recht*, DVBl. 1985, 1202; SCHWARZE, J. *Das Verhältnis von deutsche Verfassungsrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht auf dem Gebiet des Grundrechtsschutzes im Spiegel der jüngsten Rechtsprechung*, EuGRZ 1983, 124; STETTNER, *Europäisches Gemeinschaftsrecht als Quelle der Rechtsfindung deutscher Gerichte*, AöR 111 (1986), p. 535 (567 e ss.).

31 BVerfGE 73, 339 (387).

32 ERICHSEN, JK, 87, GG art 24, 1/ 1b.

33 BVerfGE 89, 155 (175); cf. também SCHWARZE, Jürgen. In: BADURA, Peter; DREIER, Horst. *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, v. I, p. 224 (229).

De forma um pouco restritiva, acrescentou o Tribunal que essa competência há de ser exercida em uma relação de cooperação com o Tribunal de Justiça europeu, na qual se explicita que se a Corte Européia assegurar a observância dos direitos fundamentais no âmbito da Comunidade Européia, limitar-se-á a Corte Constitucional a uma garantia geral dos indispensáveis *standards* ligados de aplicação dos direitos fundamentais.³⁴ Essa decisão parece ter sugerido pelo menos que a Corte Constitucional alemã teria um papel de supervisão dos atos da Comunidade (*Überwachungsfunktion*), ainda que sem dizer como se daria o exercício de semelhante função.³⁵

A Corte não se limitou a essa consideração. Com invocação do disposto no art. 38 c/c o princípio da democracia, a Corte afirmou que atos da Comunidade fora do âmbito das atribuições que lhe foram concedidas configurariam uma mudança constitucional inadmissível, não mais acobertadas pela lei alemã de aprovação (*Zustimmungsgesetz*). Essa assertiva reconhece um direito de aferição pelo Tribunal Constitucional da legitimidade dos atos da comunidade em face das competências que lhe foram conferidas.³⁶

Essa decisão esbarrou em sérias críticas doutrinárias. E não por acaso! É difícil compatibilizar tal pretensão de aferição permanente por parte da jurisdição constitucional alemã com as atribuições conferidas ao Tribunal de Justiça europeu pelo art. 220 ss. do Tratado da Comunidade Européia (EGV). Daí afirmar SCHWARZE que a preservação da unidade jurídica enquanto elemento fundamental da integração europeia impõe o reconhecimento da competência definitiva do Tribunal Europeu para a interpretação do direito comunitário.³⁷

É evidente que se não supõe um processo ilimitado de transferência de poderes soberanos à Comunidade, especialmente caso se tenha em vista os elementos centrais de identidade da Constituição (no caso alemão, art. 79, III, GG). A própria disposição do art. 23 da Lei Fundamental refere-se expressamente aos princípios irrenunciáveis (*unaufgbbbar*) como limite ao processo de transferência de direitos de soberania.

SCHWARZE recomenda, porém, que essa disposição seja interpretada não isoladamente, mas no contexto amplo da Lei Fundamental, que, sem dúvida alguma, revela-se aberta no plano do direito internacional público, do direito europeu e da integração.³⁸

34 BverfGE 89, 155 (175); cf. também SCHWARZE, op. cit., p. 229-230.

35 SCHWARZE. *Das "Kooperationsverhältnis" des BverfGs mit dem Europäischen Gerichtshof*, p. 230.

36 Idem, ibidem, p. 230.

37 Idem, ibidem, p. 231.

38 Idem, ibidem, p. 231.

A decisão de *Maastricht* não causou qualquer conflito aberto entre a Corte Constitucional alemã e a Corte Européia de Justiça. Havia, porém, temores de que se verificasse uma “renacionalização da proteção dos direitos fundamentais” e uma inevitável tensão entre a Corte Constitucional e a Corte Européia. Esse temor foi justificado pela decisão sobre o regulamento do tabaco, na qual a Corte aceitou examinar a disciplina normativa que implementava uma diretiva comunitária com base exclusivamente nos direitos fundamentais nacionais.³⁹

Esses temores não se confirmaram. A Corte Constitucional recusou, como “evidentemente não fundamentada”, *Verfassungsbeschwerde* contra a participação da Alemanha na União Monetária, sem fazer qualquer remissão aos parâmetros estabelecidos em *Maastricht* (*Euro-Beschluss*, de 31.03.1998).

No chamado *Alcan-Beschluss*, de 17.02.2000, a Corte Constitucional deu prosseguimento a essa orientação pragmática. Nesse caso, o Tribunal não aceitou recurso constitucional contra decisão do tribunal administrativo que havia decidido a controvérsia após obter a decisão prejudicial da Corte Européia (art. 234 e V).

A Corte Constitucional acabou por reconhecer o postulado da supremacia do direito comunitário sobre o direito ordinário alemão, fazendo a sua ampliação até mesmo em relação ao “direito judicial” criado pelos órgãos da Comunidade.⁴⁰

Essa orientação foi mantida na decisão sobre *Bananenmarktordnung*, de 07.06.2000, que discutia a não-observância dos direitos fundamentais por parte do direito europeu secundário. A Corte Constitucional alemã assentou que pretensão no sentido de examinar se direito europeu secundário afeta direitos fundamentais da LF há de demonstrar que a jurisprudência da Corte Européia deixou de observar os *standards* fixados estabelecidos em *Solange-II*.

Tal assertiva sinaliza que a Corte Constitucional alemã persiste na exigência de um *standard* mínimo para a defesa de direitos fundamentais no âmbito da Comunidade. Todavia, a imposição de que se demonstre a redução da defesa dos direitos fundamentais por parte da Corte Européia configura quase uma impossibilidade de que um processo de controle concreto ou uma *Verfassungsbeschwerde* na espécie venha a ter êxito perante a Corte Constitucional alemã.⁴¹

O tema tem sido avaliado por importantes doutrinadores alemães, como é o caso de PAUL KIRCHHOF, como um problema de ponderação de

39 *Idem*, *ibidem*, p. 232.

40 *Idem*, *ibidem*, p. 232.

41 *Idem*, *ibidem*, p. 237-238.

poder e não de hierarquia. Transcreva-se o seguinte excerto da observação de KIRCHHOF:

“(…) A obrigação resultante de cooperar permite-nos a identificar uma nova resposta à questão tópica sobre os tribunais de última instância, ou o monitoramento dos monitores. A Corte Européia de Justiça e as cortes constitucionais têm responsabilidade adjudicatórias de si mesmas, para o sucesso da Comunidade Européia legal. Essa responsabilidade é exercida do ponto de vista de critérios legais distintos, mas a serviço da Comunidade Européia legal, fundamentados em bases parlamentares e oriundas de tratados. Desta forma, não se trata apenas de ‘céus abertos’ acima dos tribunais de última instância; um sistema de balança de poderes entre as Cortes européias e as dos países-membros começa a se desenvolver.”⁴²

Fica evidente que o tema ainda está a exigir um desenvolvimento institucional que compatibilize o exercício das funções da Corte Européia de Justiça e dos Tribunais Constitucionais de cada país da comunidade.

Em síntese, com a concretização do projeto de construção de uma Constituição européia, torna-se cada vez mais evidente a perspectiva de que, diferentemente do século XX, em que se consolidaram os Estados nacionais, o século XXI poderá ter como nota diferenciadora uma reorganização das nações em ordens sociopolíticas que transcendam o perfil clássico dos Estados-Nação.⁴³

1.2 A questão no Brasil

Esse esforço também tem ocupado a agenda política de toda a América Latina nesses últimos dez anos. Nesse período, ocorreram mudanças substanciais nos conceitos e nas práticas de integração latino-americana, com papel crescente atribuído aos processos sub-regionais de integração. Visões geopolíticas antiquadas abriram caminho para novas conformações “goeconômicas”.

Na realidade sul-americana, o Mercado do Cone Sul (Mercosul) ocupa uma posição peculiar sob essa nova perspectiva. A consolidação formal e produtiva desse bloco permitiu o início de uma série de negociações na área externa, não apenas com seus parceiros regionais, mas também com o restante dos países do continente americano e com outras regiões e países do mundo.

42 KIRCHHOF, Paul. *The Balance of powers between National and European Institutions*. European Law Journal, v. 5, n. 3, september 1999, p. 225 (242).

43 PIRES, Francisco Lucas. *Introdução ao direito constitucional europeu: seu sentido, problemas e limites*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 13.

Desde sua criação, em março de 1991, o Mercosul vem consolidando seu funcionamento e atingindo resultados, de certa forma expressivos – os quais têm contribuído para a criação de um clima receptivo à expansão do comércio.

Como resultado, a participação do Mercosul no total das exportações mundiais triplicou (crescimento superior a 350%), passando de US\$ 29,296 bilhões em 1990 a US\$ 106 bilhões em 2003 (aproximadamente 1,5% do total mundial).⁴⁴ Tais dados apresentam tendências de intensificação da integração se considerarmos que se trata de um novo mercado regional de mais de 200 milhões de habitantes, com um Produto Interno Bruto (PIB) de aproximadamente US\$ 1 trilhão.⁴⁵

Quanto aos aspectos institucionais, o processo de integração já atingiu um certo grau de amadurecimento. Desde a assinatura do Protocolo de Ouro Preto, em dezembro de 1994, o Mercosul conta com uma personalidade jurídica própria, confirmando a disposição dos quatro países membros⁴⁶ de atuarem como um interlocutor único no diálogo com outros países e regiões.

O Mercosul é, portanto, um exemplo representativo de integração regional na América do Sul. Ademais, apresenta indícios de que pode ser uma ponte para uma institucionalização mais ampla e mais profunda na política externa dos países que o integram.

Nesse contexto, em âmbito mundial, essas manifestações internacionais dão ensejo a diversas especulações sobre o fim do Estado (pelo menos em sua configuração moderna), tal como ressalta HABERMAS, ao apontar a dissolução do Estado-Nação como fato, à medida em que a União Européia se transforma em união política.⁴⁷

Assim, Paraguai (art. 9º da Constituição)⁴⁸ e Argentina (art. 75, inciso 24),⁴⁹ provavelmente influenciados pela institucionalização da União Européia, inseriram conceitos de *supranacionalidade* em suas Constituições. Esse fato indica uma tendência de reconhecimento, no âmbito do próprio Mercosul, de aceitação e submissão dos conflitos de interesses a órgãos externos, com

44 Dados obtidos no sítio eletrônico: http://docsonline.wto.org/gen_home.asp.

45 Dados obtidos no seguinte sítio eletrônico: www.mercosul.gov.br.

46 A saber: o Uruguai, o Paraguai, a Argentina e o Brasil.

47 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 1997, p. 280-281.

48 Constituição do Paraguai, de 20.06.1992, art. 9º: "A República do Paraguai, em condições de igualdade com outros Estados, admite uma ordem jurídica supranacional que garanta a vigência dos direitos humanos, da paz, da justiça, da cooperação e do desenvolvimento político, econômico, social e cultural".

49 A Constituição da Argentina, no inciso 24 do art. 75, estabelece que: "Corresponde ao Congresso: aprovar tratados de integração que deleguem competências e jurisdição a organizações supra-estatais em condições de reciprocidade e igualdade, e que respeitem a ordem democrática e os direitos humanos. As normas ditadas em sua consequência têm hierarquia superior às leis".

jurisdição comum aos Estados-membros integrantes de blocos econômicos e políticos.

A Constituição uruguaia, por sua vez, promulgada em fevereiro de 1967, inseriu novo inciso em seu art. 6º, em 1994, porém mais tímido que seus vizinhos argentinos e paraguaios, ao prever que “A República procurará a integração social e econômica dos Estados latino-americanos, especialmente no que se refere à defesa comum de seus produtos e matérias-primas. Assim mesmo, propenderá a efetiva complementação de seus serviços públicos”.

Por fim, a Constituição brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, tal como a uruguaia, não previu a possibilidade de submissão do Estado a decisões oriundas de órgão externo. Prescreve o parágrafo único do art. 4º que “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

Não obstante tal disposição, veremos adiante que ela não tem se revelado suficiente para legitimar um processo de integração supranacional ou a transferência de poderes soberanos.⁵⁰

E essa deficiência por certo não tem sido ignorada no plano político.

Recordo-me aqui da tentativa de solução ocorrida no processo de revisão constitucional, em 1994.⁵¹ Uma emenda constitucional destinou-se a acrescentar dois novos parágrafos ao art. 4º da Constituição para possibilitar que as diretivas e decisões tomadas por organismos internacionais passassem a ter vigência imediata sob o *status* de *direito supranacional*, isto é, independentemente do mecanismo tradicional da recepção.

O deputado ADROALDO STRECK (PSDB/RS) relatou a proposta, com base no art. 8º da Constituição de Portugal,⁵² sob o argumento de que tais parágrafos objetivavam “ampliar o tratamento constitucional das relações internacionais da República Federativa do Brasil, em particular quanto à América Latina”.⁵³

O § 1º da proposta reconhecia a aplicabilidade do direito internacional como parte integrante do direito brasileiro; o § 2º, por sua vez, acolhia e sintetizava o atual parágrafo único; e, por último, o § 3º concedia vigência imediata na ordem interna brasileira às normas emanadas das organizações

50 CR (AgRg) 8.279/Argentina, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10.08.2000.

51 Relatoria da Revisão Constitucional, Brasília, Senado Federal, t. I, p. 15-23.

52 O art. 8º (3) da Constituição portuguesa de 1976 reza que: “3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos”.

53 Proposta Revisional nº 001079-1, de 02.12.1993.

internacionais das quais o Brasil fosse parte, desde que estabelecidas em tratado.

Apesar da relevância do tema, na oportunidade, uma vez submetida à votação, a proposta recebeu 168 votos a favor e 144 contrários, verificando-se, ainda, 7 abstenções. Desse modo, por não ter atingido o *quorum* mínimo legal favorável de 293 votos (ou seja, maioria absoluta), a proposta de alteração do art. 4º da Constituição foi considerada rejeitada pelo Congresso Nacional.

Não se ignora, por outro lado, a tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano. Por conseguinte, a partir desse universo jurídico voltado aos direitos e garantias fundamentais, as constituições não apenas apresentam maiores possibilidades de concretização de sua eficácia normativa, como também somente podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o direito internacional do direito constitucional.

No continente americano, o regime de responsabilidade do Estado pela violação de tratados internacionais vem apresentando uma considerável evolução desde a criação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, adotada por conferência interamericana especializada sobre direitos humanos em 21 de novembro de 1969.

Entretanto, na prática, a mudança da forma pela qual tais direitos são tratados pelo Estado brasileiro, ainda ocorre de maneira lenta e gradual.

Apenas para exemplificar esse longo processo, a adesão brasileira a esse pacto internacional ocorreu somente em 25 de setembro de 1992, a qual foi promulgada por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Ao ratificar a Convenção Americana, o Brasil assumiu obrigações jurídicas no plano internacional quanto à observância dos direitos humanos consagrados naquele instrumento em todo o território nacional; pois, por força do § 2º do art. 5º, os direitos e garantias expressos na Constituição brasileira “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”.

As normas do sistema interamericano de promoção e proteção dos direitos humanos passaram, assim, a ter caráter subsidiário e complementar em relação ao ordenamento jurídico interno, proporcionando aos cidadãos brasileiros um marco jurídico adicional para a defesa de seus direitos humanos e liberdades fundamentais.

Todavia, na oportunidade da ratificação do pacto, o Estado brasileiro optou por não fazer a declaração de reconhecimento da jurisdição compulsória da Corte Interamericana de Direitos Humanos prevista no art. 62 (1) da

Convenção.⁵⁴ O reconhecimento pelo Brasil da competência contenciosa da Corte ocorreu somente em 10 de dezembro de 1998, o qual foi promulgado por meio do Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002.

Nessa nova conformação, compete à Corte Interamericana determinar a responsabilidade internacional do Estado brasileiro por violações ocorridas em seu território e prolatar sentenças que são definitivas e inapeláveis – arts. 67⁵⁵ e 68 (1)⁵⁶ do Pacto de San José de Costa Rica.

Com o preenchimento dessa lacuna, abriram-se novas perspectivas para que os casos de violações de direitos humanos fossem apreciados pelo o órgão judicial do sistema interamericano.

Ademais, passou-se a vislumbrar uma maior efetivação da tendência à criação de um órgão supranacional dotado de jurisdição específica para essa matéria – a qual consta no art. 7º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), nos seguintes termos: “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos”.

2 ELEMENTOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA EM CONTEXTOS TENDENTES À SUPRANACIONALIDADE

2.1 O direito internacional e a Constituição brasileira

Restringindo a problemática da justiça constitucional em contextos supranacionais ao direito brasileiro, lembro que há disposições da Constituição de 1988 que remetem o intérprete para realidades normativas relativamente diferenciadas em face da concepção tradicional do direito internacional público.

Refiro-me, especificamente, a duas disposições já referidas que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional.

A primeira cláusula consta do parágrafo único do art. 4º, que estabelece que a “República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.”

54 “Art. 62 – 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.”

55 “Art. 67 – A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença.”

56 “Art. 68 – 1. Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.”

A segunda cláusula é aquela constante do § 2º do art. 5º, ao estabelecer que os direitos e garantias expressos na Constituição brasileira “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”.

Não obstante, são muitas as críticas existentes quanto às normas constitucionais brasileiras sobre o tema.

CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO é incisivo ao dizer, no que toca à disciplina da relação entre o direito internacional e o direito interno, que este seria um *tema não versado* na Constituição brasileira.⁵⁷ Essa crítica dirige-se especialmente à inexistência de definição quanto à relação hierárquica entre tratado e lei interna.

Outros criticam mesmo e chegam até a admitir, como fazia o saudoso Professor CELSO BASTOS, que o parágrafo único do art. 4º expressa a vocação para a integração latino-americana, de certa forma já traduzida, pelo menos, esta tendência para a supranacionalidade.

O fato é que existem na Carta de 1988 aquelas referidas cláusulas que, a partir do esforço interpretativo de alguns, constituiriam uma base constitucional para o eventual ingresso do Brasil em organizações de caráter supranacional.

No que concerne ao art. 5º, § 2º, as disposições constitucionais deram ensejo a uma ampla discussão. Conforme se verá adiante, divididos, doutrinadores e juízes sustentaram o *status* legal,⁵⁸ supralegal,⁵⁹ constitucional,⁶⁰ ou ainda supraconstitucional⁶¹ dos tratados de direitos humanos.

É verdade que essa orientação não impediu que o Brasil avançasse na proteção de direitos humanos, inclusive no plano internacional.

A par dessas previsões relativamente abertas do parágrafo único do art. 4º e do § 2º do art. 5º, remanesce na Constituição de 1988 o sistema de regras de competência que submetem a aprovação dos tratados e outros

57 Cf. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 343-345.

58 Cf. SAMPAIO, Laerte José Castro. *Interpretação constitucional sobre alienação fiduciária e prisão civil*; MORAES, Alexandre de (coord.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 83-91; RODRIGUES, Maurício Adreiuolo. *Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a constituição*; TORRES, Ricardo Logo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 153-191.

59 RHC 79.785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 10.04.2000.

60 Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Brasília, n. 113-118, 1998, p. 88-89; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 83.

61 Cf. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Logo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25-26.

atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional ao crivo do Congresso Nacional (art. 49, I).⁶²

Diante de tais regras, surgiria desde logo o eventual questionamento de uma das características básicas do direito comunitário, qual seja a aplicabilidade direta, com a conseqüente dispensa de qualquer atividade legislativa estatal como pressuposto para a vigência da norma supranacional no plano interno.

O Congresso Nacional brasileiro, por exemplo, quando da aprovação do Protocolo de Ouro Preto, teve oportunidade de reafirmar posicionamento quanto à participação do Poder Legislativo brasileiro no processo de elaboração de tratados. Desse modo, no Decreto Legislativo nº 188, que aprovou o Protocolo de Ouro Preto, adotou-se a seguinte fórmula:

“Art. 1º É aprovado o texto do Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do MERCOSUL – Protocolo de Ouro Preto – assinado em Ouro Preto, Minas Gerais, em 17 de dezembro de 1994.

Parágrafo único. *São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão do referido Protocolo, assim como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do art. 49, I, da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.*” (grifos nossos)

A ressalva constante no referido parágrafo do decreto legislativo, fórmula que na verdade é habitual na aprovação interna de tratados no Brasil, foi percebida na doutrina como uma sinalização clara de que estaria distante a possibilidade de uma ordem autônoma acima do Estado.⁶³ De fato, é absolutamente cristalino que a posição adotada pelo Congresso brasileiro rejeita qualquer possibilidade de aplicação direta de normas do Mercosul.

2.2 O direito internacional e a jurisprudência do STF

Como não poderia deixar de ser, o Supremo Tribunal Federal foi confrontado com discussões que buscam estabelecer parâmetros interpretativos relevantes para a eventual participação brasileira em organismos tendentes à supranacionalidade.

62 “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;”

63 VENTURA, Deisy. *A ordem jurídica do Mercosul*, p. 59-60.

2.2.1 A incorporação dos tratados e convenções internacionais

Originariamente, o STF⁶⁴ parece ter assumido a postura de que seria admissível uma espécie de *aplicação imediata* dos tratados e convenções internacionais, desde que regularmente incorporados ao ordenamento brasileiro.

Ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 71.154/PR, o Tribunal deliberou nos seguintes termos:

“Lei Uniforme sobre o Cheque, adotada pela Convenção de Genebra. Aprovada pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas têm *aplicação imediata*, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna. Recurso extraordinário conhecido e provido” (grifos nossos)

Nessa decisão, o STF, além de prenunciar, de um modo um tanto quanto confuso, que as normas da Convenção de Genebra seriam passíveis de *aplicação imediata*, manifestou que “os tratados aprovados e promulgados integram a legislação interna em pé de igualdade com as leis federais”.

Apesar de ser possível tecer algumas críticas a essa equívoca técnica decisória adotada quanto à utilização do termo *aplicação imediata* – o qual, de fato, significa que o documento normativo internacional independe de qualquer lei específica de aprovação pelo Parlamento dispendo sobre o assunto –, em um momento posterior, a Corte Constitucional brasileira assumiu a matéria com uma preocupação maior com a precisão jurídica.

Nesse contexto, destacam-se três precedentes que traduzem o consenso que se firmou, ao menos no âmbito do STF, sobre o tema.

O primeiro precedente foi fixado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE,⁶⁵ com as seguintes disposições:

“Convenção de Genebra. Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias. Aval aposto à nota promissória não registrada no prazo legal. Impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-Lei nº 427, de 22.01.1969. Embora a Convenção de Genebra, que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias, tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-Lei nº 427/69, que instituiu o registro obrigatório da nota promissória em repartição

64 RE 71.154/PR, Rel. Min. Osvaldo Trigueiro, DJ 27.08.1971, RTJ 58/744-747.

65 RE 80.004/SE, Rel. Min. Cunha Peixoto, DJ 29.12.1977, RTJ 83/809-848.

fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi aposto. Recurso extraordinário reconhecido e provido.”

O acórdão proferido no recurso extraordinário em questão é paradigmático porque norteou a adoção da tese de que conflito entre tratado internacional e lei interna brasileira deve se resolver nos moldes do *lex posterior derogat priori*.

Nota-se, portanto, que, em vez de aplicar uma determinada disposição de tratado, o Tribunal aplicou norma interna posterior. Assim, no que se refere aos tratados em geral, deve preponderar a última manifestação normativa aplicável. Por essas razões, o então Ministro FRANCISCO REZEK asseverou que:

“De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no Plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, em que assentada por maioria a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano, deve ter sua prevalência garantida pela Justiça – *sem embargo das conseqüências do descumprimento do tratado, no plano internacional.*”⁶⁶ (grifos nossos)

Cabe anotar aqui, que os defensores do monismo radical (como, por exemplo, CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO) não se convenceram do acerto do acórdão proferido no RE 80.004/SE. Contudo, segundo LUÍS ROBERTO BARROSO:

“A verdade é que, em exame detido da jurisprudência, JACOB DOLINGER constatou que a leitura que a maioria dos autores fazia das decisões do Supremo Tribunal Federal era antes reflexo de sua própria crença no primado do direito internacional do que expressão da realidade dos julgados. *Ao contrário do sugerido, a orientação da mais alta Corte é a do monismo moderado, em que o tratado se incorpora ao direito interno no mesmo nível hierárquico da lei ordinária, sujeitando-se ao princípio consolidado: em caso de conflito, não se colocando a questão em termos de regra geral e regra particular, prevalece a norma posterior sobre a anterior.*”⁶⁷ (grifos nossos)

A despeito dessa questão concernente ao confronto entre o tratado internacional e lei ordinária sob a perspectiva da especialidade, destaca-se o precedente firmado no julgamento *Habeas Corpus* nº 58.727/DF,⁶⁸ no qual

66 REZEK. *Direito internacional público: curso elementar*, p. 99.

67 BARROSO. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 19.

68 HC 58.727/DF, Rel. Min. Soares Muñoz, DJ 03.04.1981.

assentou-se: “Na colisão entre a lei e o tratado, prevalece este, porque contém normas específicas”.

Ou seja, essa orientação apenas confirma uma hipótese de sobreposição hierárquica do tratado (de extradição) em face da lei interna, com base na aplicação da regra *lex specialis derogat generalis* a favor de pacto internacional bilateral de natureza extradicional celebrado pelo Brasil.

Por fim, o terceiro precedente a ser destacado é a Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480/DF.⁶⁹ A importância desse caso reside no fato de que o STF, além de reiterar a tese de que os tratados e convenções internacionais apresentariam *status* jurídico de lei ordinária (não podendo, portanto, regular matéria destinada à disciplina de lei complementar por reserva constitucional), analisou as possibilidades de incidência dos sistemas de fiscalização abstrata e concreta de normas para a aferição da (in)constitucionalidade desses atos normativos internacionais.

Nessa oportunidade, a Corte brasileira interpretou a questão do seguinte modo:

“(…) CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO – O Poder Judiciário – fundado na supremacia da Constituição da República – dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e jurisprudência. PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRA-CONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO – Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. (...)” (grifos nossos)

69 ADIn (MC) 1480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.05.2001.

Para CARLOS WEIS, a estatura constitucional consagrada aos tratados de direitos humanos pelo art. 5º, § 2º, impossibilitaria a apreciação pelo Supremo Tribunal Federal da constitucionalidade dos tratados de tal espécie, nos termos do art. 102, III, *b*. Já no que tange à tese de que os tratados somente poderiam ser considerados de estatura constitucional se tivessem o poder de emendar a Constituição, responde:

“Outro problema, o da diferença do processo legislativo necessário à ratificação de um tratado internacional (de direitos humanos ou não) e aquele previsto para que se emende a Constituição, resolve-se igualmente ao se reconhecer que as normas de direito internacional dos direitos humanos não são formalmente constitucionais. Neste sentido, trata-se de sistemas absolutamente distintos e que operam através de mecanismos próprios, desde a confecção até a entrada em vigor da norma. Assim, se as emendas constitucionais extraem sua legitimidade da maioria qualificada existente para sua aprovação, no campo internacional chega-se a semelhante resultado diante do complexo processo de elaboração dos tratados.”⁷⁰

Sem embargo, creio que, do ponto de vista do direito constitucional, é possível controlar a constitucionalidade dos tratados internacionais.

Porém, na medida em que ele possa ser exercido, não se podem olvidar as possíveis repercussões de uma declaração de inconstitucionalidade no âmbito do direito internacional.

É nesse contexto que, a meu ver, se impõe a necessidade de utilização de uma espécie de *controle prévio*, o qual poderia impedir ou desaconselhar a ratificação do tratado de maneira a oferecer ao Poder Executivo possibilidades de renegociação ou aceitação com reservas.

Essa idéia, apesar de todos os óbices do sistema brasileiro, já apresenta os elementos suficientes para a sua exequibilidade. Uma vez que o decreto legislativo que aprova o instrumento internacional é passível de impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), ou ainda, da ação declaratória de constitucionalidade (ADC), esse controle de caráter preventivo é possível no Brasil.

Deve-se advertir, porém, que a experiência de diversos ordenamentos jurídicos, especialmente os europeus, demonstra que as Cortes Constitucionais costumam ser bastante cautelosas quanto à questão da apreciação da constitucionalidade de tratados internacionais. Assim, mesmo em momentos delicados – como o do já referido caso *Maastricht*, na Alemanha – os Tribunais evitam declarar a inconstitucionalidade de atos normativos internacionais.

70 WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 33-36.

Conclusivamente, em um panorama geral, os efeitos dos tratados internacionais sujeitam-se à efetiva incorporação ao ordenamento brasileiro. Assim, a aplicabilidade dos preceitos internacionais somente é possível a partir do momento em que cumpridos os requisitos solenes para a sua devida integração à ordem jurídico-constitucional, a saber: i) celebração da convenção internacional; ii) aprovação pelo Parlamento; e iii) a ratificação pelo Chefe de Estado – a qual se conclui com a expedição de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: a) a promulgação do tratado internacional; b) a publicação oficial de seu texto; e c) a executoriedade do ato internacional, que, somente a partir desse momento, passa a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.

Passemos agora, a uma análise minudenciada da jurisdição constitucional brasileira relativamente ao Mercosul e ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

2.2.2 A incorporação dos tratados e convenções internacionais no âmbito do Mercosul

A incorporação de normas é tema tão presente no Mercosul que se editou uma peculiar norma denominada *Incorporação da normativa Mercosul ao ordenamento jurídico dos Estados-partes*. Nesse documento, renova-se a obrigatoriedade das normas derivadas do Mercosul e se estabelecesse um sistema de *fiscalização e acompanhamento* das incorporações normativas e dos respectivos prazos para que isso ocorra (Decreto nº 23/00).

Os doutrinadores indagam qual força esse tipo de norma apresentaria, já que, além de nem sequer ter passado pelos Parlamentos nacionais, ela apenas repete o disciplinado em tratados anteriores.

Assim, o art. 10 dispõe, paradoxalmente, que: “Esta decisão não necessita ser incorporada ao ordenamento jurídico dos Estados-partes, nos termos do art. 42 do Protocolo de Ouro-Preto, por regulamentar aspectos da organização ou funcionamento do Mercosul”.

Como já prenunciamos, do ponto de vista jurídico, a legislação aplicável do Mercosul não é imediatamente coercitiva no plano interno para particulares, nem encontra legitimidade supranacional na Constituição brasileira.

O próprio Protocolo de Ouro Preto (complementar ao Tratado de Assunção) reconhece essa falta de aplicabilidade interna de suas fontes jurídicas. Os arts. 38 a 40 inclusive disciplinam que as normas convencionadas para o Mercosul apenas entrarão em vigor após a sua incorporação em cada um dos quatro países membros.

Nesse contexto, relativamente ao Mercosul, é possível sistematizar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em dois conjuntos principais:⁷¹

71 MARQUES, Cláudia Lima. O “Direito do Mercosul”: direito oriundo do Mercosul, entre direito internacional clássico e novos caminhos de integração. Cf. versão atualizada do trabalho apresentado

a primeira versa sobre o Protocolo de Las Leñas de Cooperação Judicial; e a segunda, sobre o Protocolo de Cautelares.

O Protocolo de Las Leñas de 1992 consiste em um documento internacional de cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa entre os países do Cone Sul. Ele foi incorporado ao direito brasileiro por meio do Decreto nº 2.067, de 12 de novembro de 1996, e objetiva, em termos gerais, facilitar as provas, as trocas de informação, o reconhecimento de sentenças, a cooperação em geral entre os poderes judiciários dos países do Mercosul.

Ademais, progride ao conferir tratamento não discriminatório ao estrangeiro (pessoas físicas e jurídicas)⁷² residente ou sediado no Mercosul e, por fim, possibilita trâmites mais céleres para o reconhecimento e execução por carta rogatória.

Dessa forma, o referido protocolo instituiu autoridades centrais de cunho administrativo para facilitar a tramitação dos feitos e atos processuais entre os países do Mercosul.

Entretanto, essa suposta desburocratização dos procedimentos judiciais internacionais tem sido obstaculizada pela tradição brasileira da homologação judicial e da centralização judicial no STF,⁷³ como exemplifica a decisão do Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 7.613,⁷⁴ cuja ementa dispôs o seguinte:

“Sentença estrangeira. Protocolo de Las Leñas. Homologação mediante carta rogatória. O Protocolo de Las Leñas ('Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista, Administrativa' entre os países do Mercosul) não afetou a exigência de que qualquer sentença estrangeira – à qual é de equiparar-se a decisão interlocutória concessiva de medida cautelar – para tornar-se exequível no Brasil, há de ser previamente submetida à homologação do Supremo Tribunal Federal, o que obsta à admissão de seu reconhecimento incidente, no foro brasileiro, pelo juízo a que se requeira a

em 27 de abril de 2001, no Congresso Internacional Mercosul/Mercosur: The Market and Beyond, organizado pelo Teresa Lozano Long Institute of Latin American Studies e a School of Law, da Universidade do Texas-Austin, Estados Unidos.

72 “Art. 3. Os cidadãos e os residentes permanentes de um dos Estados-partes gozarão, nas mesmas condições dos cidadãos e residentes permanentes do outro Estado-parte, do livre acesso à jurisdição desse Estado para a defesa de seus direitos e interesses. O parágrafo anterior aplicar-se-á às pessoas jurídicas constituídas, autorizadas ou registradas conforme as leis de qualquer dos Estados-partes.”

73 A esse respeito cf. a seguinte série de julgados: CR (AgRg) 7.613/Argentina, Rel. Min. Sepúlveda Pertence DJ 14.04.1997; CR (AgRg) 7.618/Argentina, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 15.04.1997; CR 8.240/Argentina, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 01.03.1999; CR 8.267/Argentina, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.03.1999; CR 7.662/Argentina, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 11.09.1997; CR 7.899/Argentina, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 02.09.1997; CR 8.038/Argentina, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 15.10.1997; RCL 717/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.09.2002.

74 CR (AgRg) 7.613/Argentina, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.04.1997.

execução; inovou, entretanto, a convenção internacional referida, ao prescrever, no art. 19, que a homologação (dito reconhecimento) de sentença provida dos Estados partes se faça mediante rogatória, o que importa admitir a iniciativa da autoridade judiciária competente do foro de origem e que o *exequatur* se defira independentemente da citação do requerido, sem prejuízo da posterior manifestação do requerido, por meio de agravo à decisão concessiva ou de embargos ao seu cumprimento.”

Nesse contexto, são elucidativas as seguintes palavras de CLÁUDIA MARQUES:⁷⁵

“Note-se que em 1997,1998 e 1999, o STF utilizou o processo de cooperação previsto no Protocolo de Las Leñas, mas sempre interpretando que as cartas rogatórias deveriam passar pelo Presidente do STF. É típico o caso que envolvia um juiz de fronteira com o Uruguai, da cidade de Livramento (Rio Grande do Sul) separada apenas por uma rua para a cidade uruguaia de Riveira. Neste processo, o juiz, em caso de direito de família, dirigiu-se diretamente ao magistrado uruguaio e sua carta rogatória foi caçada, devendo seguir os trâmites normais do Direito Brasileiro e ir ao STF em Brasília, para só então, depois de meses, retornar ao magistrado uruguaio.”⁷⁶

A interpretação conferida de decisões judiciais ao Protocolo de Las Leñas pelo Supremo Tribunal Federal possibilita a homologação via carta rogatória. Porém, ainda persiste a centralização imposta pela Constituição brasileira no art. 102, I, *h*, que preceitua competir ao STF processar e julgar, *originariamente*, “a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente”. Por esse motivo, a decisão foi considerada por autores argentinos e uruguaios como insuficiente por tornar inócuas as pretensões de economia e celeridade processual almejada pelo sistema.

Nesse sentido, a argentina MARIA TAQUELA é incisiva ao afirmar que: “*La circunstancia de que los exhortos tengan que pasar necesariamente por el Supremo Tribunal Federal dificulta la cooperación judicial internacional*”.⁷⁷

Quanto à segunda vertente jurisprudencial,⁷⁸ observam-se decisões referentes ao Protocolo de Cautelares. Segundo dispõe o seu art. 5º: “A

75 Cf. Reclamação nº 717/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.09.2002.

76 MARQUES, Cláudia Lima. O “Direito do Mercosul”: Direito oriundo do Mercosul, entre direito internacional clássico e novos caminhos de integração, op. cit.

77 NOODT TAQUELA, María Blanca. Los procesos a distancia y otros modos de cooperación judicial internacional en el Mercosur. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, n. 15, p. 186.

78 CR (AgRg) 8.279/Argentina, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29.06.1998; CR (AgRg) 9.194/Argentina, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 24.11.2000.

admissibilidade da medida cautelar será regulada pelas leis e julgada pelos juízes ou tribunais do Estado requerente”.

Este protocolo já havia sido apreciado quando do julgamento do Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 8.279.⁷⁹ O Supremo Tribunal rejeitou expressamente a viabilidade constitucional da aplicação direta, pelo Brasil, do Protocolo de Medidas Cautelares (ou Protocolo de Ouro Preto/MG), por estar a recepção dos tratados ou convenções internacionais em geral e dos acordos celebrados no âmbito do Mercosul à disciplina tradicional de aprovação dos tratados, tal como fixada na Constituição de 1988 (art. 49, I).

Desse modo, o Tribunal preconizou que:

“MERCOSUL. Protocolo de Medidas Cautelares (Ouro Preto/MG). Ato de direito internacional público. *Convenção ainda não incorporada ao direito interno brasileiro. Procedimento constitucional de incorporação dos atos internacionais que ainda não se concluiu. O Protocolo de Medidas Cautelares adotado pelo Conselho do Mercado Comum (MERCOSUL), por ocasião de sua VII Reunião, realizada em Ouro Preto/MG, em dezembro de 1994, embora aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 192/95), não se acha formalmente incorporado ao sistema de direito positivo interno vigente no Brasil, pois, a despeito de já ratificado (instrumento de ratificação depositado em 18.03.1997), ainda não foi promulgado, mediante decreto, pelo Presidente da República. (...). O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NÃO CONSAGRA O PRINCÍPIO DO EFEITO DIRETO E NEM O POSTULADO DA APLICABILIDADE IMEDIATA DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS – (...) O princípio do efeito direto (aptidão de a norma internacional repercutir, desde logo, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares) e o postulado da aplicabilidade imediata (que diz respeito à vigência automática da norma internacional na ordem jurídica interna) traduzem diretrizes que não se acham consagradas e nem positivadas no texto da Constituição da República, motivo pelo qual tais princípios não podem ser invocados para legitimar a incidência, no plano do ordenamento doméstico brasileiro, de qualquer convenção internacional, ainda que se cuide de tratado de integração, enquanto não se concluírem os diversos ciclos que compõem o seu processo de incorporação ao sistema de direito interno do Brasil.* Magistério da doutrina. Sob a égide do modelo constitucional brasileiro, mesmo cuidando-se de tratados de integração, ainda subsistem os clássicos mecanismos institucionais de recepção das convenções internacionais em geral, não bastando, para afastá-los, a existência da norma inscrita no art. 4º, parágrafo

79 CR (AgRg) 8.279/Argentina, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29.06.1998.

único, da Constituição da República, que possui conteúdo meramente programático e cujo sentido não torna dispensável a atuação dos instrumentos constitucionais de transposição, para a ordem jurídica doméstica, dos acordos, protocolos e convenções celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL.” (grifos nossos)

Essa decisão unânime do STF afastou, tendo em vista as disposições constitucionais em vigor, a viabilidade constitucional do princípio da aplicabilidade direta. Todavia, deixou-se em aberto a possibilidade de adoção do princípio, por via de emenda à Constituição, conforme registrou o Ministro CELSO DE MELLO, na parte final de seu voto:

“(…) resulta claro, do exame da controvérsia suscitada na presente causa, que a institucionalização das bases jurídicas essenciais à positivação de um verdadeiro direito da integração, de índole comunitária, supõe, na perspectiva do ordenamento positivo brasileiro, a instauração de um necessário processo de *reforma constitucional* (grifos nossos). Enquanto tal não se verificar, revelar-se-á constitucionalmente inviável, entre nós, e no que concerne a acordos e tratados de integração celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL, a aplicação do princípio do efeito direito e do postulado da aplicabilidade imediata.”

Posteriormente, no julgamento do Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 9.194⁸⁰ o STF aplicou o protocolo de cautelares do Mercosul porque já incorporado, nos seguintes termos: “A medida rogada encontra amparo nos arts. 3º, 21 e ss. do Protocolo de Medidas Cautelares, concluído em Ouro Preto, em 16 de dezembro de 1994, e aprovado pelo Decreto nº 2.626, de 15 de junho de 1998”.

Todavia, tendo em vista a já aludida disposição constitucional conservadora e centralizadora das cartas rogatórias no âmbito da Corte Constitucional (CF, art. 102, I, h), fica prejudicado o caráter de inovação processual do Protocolo.

Como se pode depreender dos julgados referidos, a interpretação do STF ao *Direito do Mercosul* não privilegia, sob hipótese alguma, a almejada integração regional.

Em verdade, a Corte tem assumido a posição centralizadora e formalista que lhe é atribuída constitucionalmente. Tal postura acaba por manifestar uma espécie de *persistente indiferença*, ou até mesmo, uma *má-vontade* do Judiciário brasileiro em relação às questões do direito comunitário nesse contexto que apresenta como possibilidade uma configuração supranacional.

80 CR (AgRg) 9.194/Argentina, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 24.11.2000.

2.2.3 A incorporação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos

Desde a promulgação da Constituição de 1988, surgiram diversas interpretações que consagram um tratamento diferenciado aos tratados e convenções relativos a direitos humanos em razão do disposto no § 2º do art. 5º, segundo o qual a previsão, defesa e garantia das prerrogativas expressas no texto constitucional “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”.

Essas disposições constitucionais deram ensejo a uma ampla discussão. Neste sentido, desenvolveram-se diversas teses sobre o modo de incorporação adequado e quanto ao *status* jurídico aplicável a tais diplomas normativos internacionais em razão do sistema constitucional brasileiro.

A primeira delas defende a idéia de que os tratados de direitos humanos, como quaisquer outros instrumentos convencionais, têm *status* equivalente ao das leis ordinárias.⁸¹ Por conseguinte, eles não possuiriam a devida legitimidade para confrontar, nem tampouco para complementar ou até mesmo especificar o preceituado na Constituição.

Alguns dos defensores dessa tese afirmam ainda que os tratados de direitos humanos, por equivalerem a leis especiais, derogariam leis infraconstitucionais gerais. Essa interpretação foi aplicada do seguinte modo pela maioria dos Ministros do STF ao caso da prisão do depositário infiel no julgamento do *Habeas Corpus* nº 72.131/RJ:⁸²

“*Habeas corpus*. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do art. 5º, LXVII, da Constituição de 1988. Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do art. 7º da Convenção de San José da Costa Rica. *Habeas corpus* indeferido, cassada a liminar concedida.”

A relevância desse *leading case* decorre do fato de que a colisão verificada entre os direitos consagrados em tratados internacionais e as prerrogativas fundamentais previstas no art. 5º da Constituição brasileira inten-

81 Cf. SAMPAIO, Laerte José Castro. *Interpretação constitucional sobre alienação fiduciária e prisão civil*. In: MORAES, Alexandre de (coord.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 83-91; RODRIGUES, Maurício Adreiuolo. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a constituição. In: TORRES, Ricardo Logo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 153-191.

82 HC 72.131/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/o Ac. Min. Moreira Alves, DJ 01.08.2003.

sificou o debate acerca do *status* jurídico da incorporação dos tratados de direitos humanos no Brasil.

Assim, o inciso LXVII do art. 5º prescreve que: “não haverá prisão civil por dívida, salva a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Em contrapartida, o art. 11 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) e o art. 7º (7) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) dispõem que:

“Art. 11. Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.” (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966)

“Art.7º – 7. Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.” (Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969)

Posteriormente, o Tribunal, por maioria, reiterou a posição assumida na apreciação do *Habeas Corpus* nº 73.044/SP,⁸³ ao asseverar que:

“(…) Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica (‘ninguém deve ser detido por dívida’: ‘este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar’) deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição (...)”

O segundo posicionamento pugna pelo argumento de que os tratados e convenções de direitos humanos, diferentemente de outros atos normativos internacionais, seriam infraconstitucionais, mas dotados de um atributo de *supralegalidade*. A título de registro, essa mesma qualificação é expressamente consagrada nas Constituições francesa, holandesa e grega.⁸⁴

Embora não tenha se comprometido efetivamente com essa tese, o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em seu voto proferido no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 79.785/RJ,⁸⁵ sugeriu a possibilidade de consideração dos tratados sobre direitos humanos enquanto documentos supralegais:

83 HC 73.044/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 20.09.1996.

84 PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto. *Manual de direito internacional público*, p. 117 e 121.

85 RHC 79.785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.11.2002.

“Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo – como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADIn-MC 1.480 – com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais – preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis.

Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (...).

Se assim é, à primeira vista parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.”

A terceira vertente entende que os tratados de direitos humanos possuem estatura constitucional. Essa tese vislumbra o art. 5º, § 2º, como uma cláusula aberta de recepção a outros direitos. Destarte, o próprio texto constitucional teria previsto que outros direitos poderiam ser eventualmente acrescentados ao rol estabelecido no texto constitucional.

Conclusivamente, eventuais antinomias entre o disposto internacional e constitucionalmente devem ser resolvidas pela aplicação da norma mais favorável ao indivíduo.

Nessa tese que busca delimitar a interação entre o direito internacional e o direito constitucional, CANÇADO TRINDADE, Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, assume interessante posição. Assim, defende que a posição hierárquica dos tratados no ordenamento jurídico interno deve obedecer ao critério do direito constitucional de cada país.⁸⁶

Ademais considera os §§ 1º e 2º do art. 5º como caracterizadores, respectivamente, da aplicabilidade direta e do caráter constitucional dos tratados de Direitos Humanos no Brasil. Nos dizeres de TRINDADE:

“O propósito do disposto nos §§ 2º e 1º do art. 5º da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional (...).

86 Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, n. 113-118, p. 88-89, 1998. No mesmo sentido, PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 83.

Desde a promulgação da atual Constituição, a normativa dos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte tem efetivamente nível constitucional, e entendimento em contrário requer demonstração. A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional – tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária – não só representa um apego sem reflexão a uma tese anacrônica, já abandonada em alguns países, mas também contraria o disposto no art. (5)2 da Constituição Federal Brasileira.”⁸⁷

Por fim, um quarto entendimento professa que alguns ou todos os tratados de direitos humanos possuiriam *status* supraconstitucional no caso de consagrarem normas mais benéficas.

Entre nós, CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO⁸⁸ é um exemplar defensor da preponderância dos tratados e convenções internacionais específicos sobre essa matéria. Aduz ainda que, dada a indivisibilidade dessas prerrogativas, tal hipótese seria aplicável inclusive ao tratados de direitos humanos sobre direitos sociais.

Apesar de todo o debate apresentado, essa questão parece demonstrar um possível esvaziamento no contexto da plena tramitação da reforma constitucional do Poder Judiciário.

A denominada Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional nº 45/04) traz como um de seus estandartes a incorporação de um § 3º ao art. 5º, com a seguinte disciplina: “*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*” (grifos nossos).

Essa modificação, além de encerrar o infundável embate entre as teses constitucionais mais aplicáveis, parece abrir, novas perspectivas para a conformação do instituto da incorporação dos tratados e convenções internacionais em contextos supranacionais e, sobretudo, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – a qual, sem sombra de dúvidas, deverá ser revisitada criticamente.

3 ASPECTOS GERAIS DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL EM CONTEXTOS TENDENTES À SUPRANACIONALIDADE: OS CASOS DO MERCOSUL E DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Uma vez demonstradas as deficiências da jurisdição constitucional brasileira, torna-se interessante verificar a atual conformação do Brasil no

87 Cf. CANÇADO TRINDADE, op. cit., p. 89.

88 Cf. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Logo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25-26.

âmbito da justiça constitucional em dois contextos que apresentam como uma possibilidade a conformação supranacional: o Mercosul e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

3.1 O caso do Mercosul

O Mercosul é, atualmente, um dos mais importantes projetos de política externa do Brasil. Decorridos praticamente dez anos desde a assinatura do Tratado de Assunção, ele representa um agrupamento regional que tem se confrontado com os ensinamentos e as oportunidades da mundialização.

A assinatura, em 26 de março de 1991, do Tratado de Assunção culminou um processo de negociações iniciado em agosto de 1990 entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai.

Deve-se ressaltar, porém, que o Tratado de Assunção é um *acordo-quadro*. Ou seja, ele não cria um mercado comum, nem define conformação estrita de sua estrutura institucional, mas apenas define os objetivos do processo de integração e os mecanismos para alcançá-lo. O Mercosul é, portanto, *um processo*, que evolui em etapas, conforme as necessidades que vão surgindo e a situação específica de seus Estados-partes.

A estrutura institucional criada pelo Tratado de Assunção – e posteriormente redefinida pelo Protocolo de Ouro Preto – demonstra que os Estados-membros do Mercosul optaram por uma estrutura institucional notadamente do tipo intergovernamental – a qual deve ser compreendida como forma de solução intermediária entre a soberania tradicional e a supranacionalidade.

O Tratado de Ouro Preto, em seu art. 2º, preceitua que: “são órgãos com capacidade decisória, de natureza intergovernamental, o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do Mercosul”.

Entretanto, apesar desse elemento da intergovernabilidade, alguns países já sinalizaram sua intenção integracionista.

Assim, pode-se concluir que, em contraste com a estrutura construída ao longo da experiência integracionista européia (a qual contemplou desde o início a existência de órgãos supranacionais como forma de superar as divergências entre seus membros no contexto histórico do Pós-Guerra), a opção do Mercosul pela intergovernamentalidade permitiu-lhe a criação de uma estrutura de caráter flexível, pouco onerosa e pautada pela simplicidade de procedimento e pela busca do entendimento direto.

Da natureza intergovernamental decorre também que todas as normas elaboradas pelos órgãos do Mercosul não possuem validade, nem aplicação automática nos Estados-Partes. Para tanto, carecem de sua incorporação nos ordenamentos jurídicos nacionais. Em outras palavras, as normas

do Mercosul incorporadas ao ordenamento jurídico interno de cada país podem ser objeto de ações junto aos órgãos de cada Poder Judiciário nacional.

Assim, por exemplo, para que uma resolução do Grupo Mercado Comum que harmonize regulamentos técnicos seja aplicável ao Brasil, ela precisa ser publicada no Diário Oficial sob a forma de portaria do Ministério competente para o tratamento de sua matéria. De outro lado, quando um cidadão ou empresa se sentir afetado por uma norma do Mercosul, ou alega implementação inadequada dessa norma por parte de seu governo, pode recorrer ao Poder Judiciário de seu próprio país.

Portanto, diferentemente do modelo adotado pela União Européia, não se consagrou, no âmbito do Mercosul, o modelo das “diretivas”, que são atos jurídicos comunitários – do Conselho –, os quais têm como destinatários os Estados-membros.

A evolução da jurisprudência sobre a matéria permitiu que se lhes reconhecesse eficácia direta no contexto de litígio entre particular e a Administração Pública (efeito direto vertical).⁸⁹

Reconhece-se que, além das diretivas, as quais, como visto, podem ser dotadas de aplicabilidade direta, os órgãos da União Européia podem expedir regulamentos – direito europeu secundário – com força vinculante não apenas para os Estados (efeito direto vertical), mas também para os cidadãos (efeito direto horizontal, cf., art. 189 do Tratado de Roma).⁹⁰

É exatamente aqui que parece residir uma das debilidades do modelo institucional do Mercosul: a falta de caráter vinculatório direto das decisões tomadas por seus órgãos.

Se, nos termos do art. 9º do Protocolo de Ouro Preto, as decisões do Conselho do Mercado Comum são obrigatórias para os Estados-partes e, nesse sentido, vislumbra-se alguma similaridade com as “diretivas” do direito comunitário europeu,⁹¹ é certo que, diferentemente do que ocorre no sistema europeu, tais resoluções não são dotadas de aplicabilidade direta no âmbito do Mercosul. Ao revés, elas dependem de medidas de implementação, a cargo de cada Estado-parte.

89 Segundo Marcelo Rebelo de Souza, “as diretivas comunitárias contêm (...) disposições dirigidas aos Estados-membros, que podem ser todos, alguns ou apenas um, vinculando-os a adotarem as condutas político-constitucionais mais adequadas à realização de sua finalidade dentro do prazo por elas também fixado” (REBELO DE SOUZA, Marcelo. A transposição das diretivas comunitárias para a ordem jurídica Nacional. In: *Legislação, Cadernos de Ciência de Legislação*, n. 4/5, p. 69 (70), dez. 1992).

90 Sobre a distinção entre efeito direto vertical – relações entre particulares e autoridades públicas – e efeito direto horizontal – relações entre particulares –, ver BOTELHO MONIZ, Carlos; MOURA PINHEIRO, Paulo. As relações da ordem jurídica portuguesa com a ordem jurídica comunitária. In: *Legislação, Cadernos de Ciência da Legislação*, n. 4/5, p. 121 (128), dez. 1992.

91 Cf. FARIA, R. Werther. *Harmonização legislativa no Mercosul*. Brasília, 1995, p. 52.

É de LUIZ OLAVO BAPTISTA a seguinte análise sobre o modelo do Mercosul:

“O Mercosul é uma organização internacional de molde clássico, aonde não existe efeito de supranacionalidade. A soberania, entendida no sentido tradicional pós-westphaliano, clássico, é o fundamento do sistema. Nele, cada um dos Estados-membros aceita a criação de normas mediante as quais exerce junto com os demais, de forma coordenada, sua soberania, que, todavia, é preservada. Não há renúncia nem redução da mesma. Mas, todos assumem uma obrigação de ação conjunta e coordenada como forma de exercício da soberania. Mas isto somente para as finalidades do acordo. Isto é, os Estados que integram o Mercosul não poderão exercer a sua soberania de modo independente no que tange aos objetivos da organização, estabelecidos pelo tratado fundacional; devem exercê-la juntos, atuando ‘um por todos e todos por um’, como na fórmula societária usada por DUMAS como lema dos seus mosqueteiros. Essa ação deve desenvolver-se de acordo com os padrões que estabeleceram, voluntariamente, vinculando-se através dos tratados que firmaram.”⁹²

Entretanto, vale mencionar as recentes inovações no sistema de solução de controvérsias do Mercosul, com a assinatura do Protocolo de Olivos, de 18 de fevereiro de 2002, que criou o Tribunal Arbitral Permanente de Revisão, o que certamente poderá favorecer a efetividade das ações do bloco.

Ao criar uma segunda instância de revisão arbitral, o Protocolo de Olivos progrediu no sentido de que, sem utilizar o modelo comunitário europeu, conjugou o modelo de um tribunal permanente (como no Benelux) com o da OMC, com a previsão de órgão de apelação e revisão do sistema de solução de controvérsias.⁹³

A entrada em funcionamento do Tribunal Permanente de Revisão objetiva a criação de uma instância de cúpula responsável pelo Sistema de Solução de Controvérsias. Nesse contexto, as decisões do Tribunal possibilitariam um canal de comunicação aberto para a continuidade e o aprimoramento do processo de integração regional no Cone Sul.

É de MARISTELA BASSO a afirmação de que, com a instalação do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, “Consolida-se, mais uma vez, a vontade política dos países de manter e ampliar seu investimento no bloco e torna-se inquestionável a consciência política multilateral do bloco”.⁹⁴

92 BAPTISTA, Luiz Olavo. Análise da funcionalidade do sistema de solução de disputas do Mercosul. In: *Solução de controvérsias no Mercosul*, p. 101-102.

93 Sobre o tema, FONTOURA, Jorge. A evolução do sistema de solução de controvérsias – de Brasília a Olivos. In: *Solução de controvérsias no Mercosul*. Brasília: CD/MRE, 2003, p. 274-276.

94 Cf. BASSO, Maristela. As fontes jurídicas do Mercosul. In: *Solução de controvérsias no Mercosul*. Brasília: CD/MRE, 2003.

Apenas para deixar registrado, destaca-se que, nas negociações ocorridas durante a 26ª Reunião de Cúpula do Mercosul (reunião iniciada em 08.07.2004, em Puerto Iguazú, na Argentina), os países membros do bloco consolidaram a criação do Tribunal Permanente, um órgão jurisdicional que vai funcionar como última instância para o julgamento das pendências comerciais entre os países membros do bloco.⁹⁵

O evento reuniu os chefes de Estado e ministros dos quatro países integrantes do Mercosul e dos três Estados associados, a saber: Chile, Bolívia e Peru. Ademais, também estavam presentes, sob a condição de convidados, os presidentes convidados da Venezuela, HUGO CHÁVEZ, e do México, VICENTE FOX.

Para que se tenha uma noção da mudança ocorrida, basta mencionar que, antes da criação do referido órgão, durante o próprio evento, quando os países componentes do bloco divergiam sobre assuntos comerciais, era acionado um Tribunal Arbitral para analisar o impasse.

Entretanto, o país que quedasse insatisfeito com o resultado do julgamento deveria apelar a outras instâncias internacionais, como a Organização Mundial do Comércio (OMC). Com a instauração do Tribunal Permanente, os países não precisarão de outros órgãos para apresentar seus recursos. O Tribunal ficará sediado em Assunção, no Paraguai, e deve começar a funcionar nos próximos meses, segundo informações do Ministério das Relações Exteriores brasileiro.

Como se pode observar nos recentes dados e nos estudos a respeito, o Mercosul é uma comunidade, pelo menos, peculiar. Difícil dizer qual será o desenho efetivo deste modelo. É bem verdade que muitos têm defendido uma conformação extremamente cautelosa, como aquela mais adequada para as vicissitudes vigentes nos nossos países.

3.2 O caso do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

De outro lado, o Pacto de San José da Costa Rica foi celebrado com a finalidade de evitar a perpetuação da cultura da impunidade quanto à violação de direitos e garantias fundamentais nos âmbitos nacionais. Desde então, os Estados se comprometeram a adotar medidas preventivas para a constituição de um efetivo sistema interamericano para a defesa dos direitos humanos.

Ao longo dos anos, o Estado brasileiro tem aprofundado seu relacionamento com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão principal da Organização dos Estados Americanos (OEA), estabelecido em 1959, e que tem jurisdição sobre todos os Estados americanos membros

95 Fonte: CORREIO BRAZILIENSE. Mercosul cria tribunal permanente para pendências comerciais. Disponível em: www.correioweb.com.br. Acesso em: 9 jul. 2004.

da OEA, independentemente de haverem ou não ratificado a Convenção Americana.

Nesse modelo, a responsabilização do Estado não deriva unicamente das ações e omissões praticadas por agentes públicos no exercício de suas funções. A alegação de que o infrator agiu por conta própria não é motivo para evitar a imputação da responsabilidade internacional ao país. Neste sentido, a Corte Interamericana já decidiu:

“É indiferente se órgão ou funcionário atuou em contravenção a disposições de direito interno ou extrapolando os limites de sua própria competência, posto que é um princípio de direito internacional que o Estado responde pelos atos de seus agentes realizados ao amparo de seu caráter oficial ou pelas omissões dos mesmos ainda que atuem fora dos limites de sua competência ou em violação ao direito interno.”⁹⁶

Assim, a obrigação do Estado não tem somente caráter negativo. Significa afirmar que seu dever inclui, além de agir em consonância com os direitos substantivos protegidos pelos tratados internacionais, a implementação de medidas preventivas para evitar as violações praticadas por agentes públicos e, também, por agentes privados.

Para tanto, não basta a existência de leis internas que protejam os direitos humanos formalmente, é necessário que essas normas sejam implementadas aos casos concretos. Os agentes estatais devem estar preparados para aplicar essas leis na prática.

A Corte tem afirmado que os Estados devem tratar as eventuais violações como ato ilícito e, portanto, suscetível a sanções. Cometida a violação, o país passa a ter obrigação de realizar investigações sérias, com todos os meios disponíveis para identificar e punir os responsáveis. Caso contrário, o Estado incorreria em responsabilidade internacional:

“Um fato ilícito violatório dos direitos humanos que inicialmente não seja imputável diretamente ao Estado, por exemplo, por ser obra de um particular ou por não haver-se identificado o autor da transgressão, pode acarretar responsabilidade internacional do Estado, não pelo fato em si mesmo, mas pela falta da devida diligência para prevenir a violação ou para tratá-la nos termos requeridos pela Convenção.”⁹⁷

96 Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez, sentença de 29 de julho de 1998, série C, n. 4, parágrafo 170; caso Godínez Cruz, sentença de 20 de janeiro de 1988, série C, n. 5, parágrafo 179.

97 Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez, sentença de 29 de julho de 1998, série C, n. 4, parágrafo 172; caso Godínez Cruz, sentença de 20 de janeiro de 1988, série C, n. 5, parágrafos 181 e 182; caso Caballero Delgado e Santana, sentença de 8 de dezembro de 1995, série C, n. 22, parágrafo 56.

Baseando-se nessas normas, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos vem conduzindo avanços em vários casos emblemáticos para o Brasil.

A esse respeito, cabe assinalar que, em setembro de 2003, o Estado brasileiro assinou, pela primeira vez, um acordo de solução amistosa reconhecendo sua responsabilidade internacional pela violação aos direitos humanos praticada por particulares.

A vítima, José Pereira, na época com 17 anos de idade, foi forçada a trabalhar em condições análogas às de escravos na Fazenda Espírito Santo, no Estado do Pará. Atingido por disparos de armas de fogo, efetuados por pistoleiros quando tentava fugir da fazenda, Pereira sofreu lesões permanentes na mão e no olho direito.

O acordo constituiu um marco nas decisões relativas à violação dos direitos humanos no país. Apesar de esse tipo de solução já ser comum entre os países membros da OEA, o Brasil nunca havia assumido sua responsabilidade nestes termos.

Esse processo de solução amistosa foi iniciado por uma petição internacional encaminhada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela Comissão Pastoral da Terra (CPT), denunciando a incapacidade do Estado em prevenir e punir a prática do trabalho escravo.

Apesar de o fato constituir uma grave violação aos direitos humanos, o caso ficou impune no país. A pena aplicada a um dos autores não pôde ser executada em virtude do excesso de tempo transcorrido entre o inquérito e o oferecimento da denúncia, a chamada prescrição retroativa.

Em função disso, no acordo, determinou-se o pagamento de indenização por danos morais e materiais a José Pereira, e se estabeleceram diversas medidas de fiscalização e repressão ao trabalho escravo.

Conclusivamente, pode-se afirmar que esse acordo de solução amistosa abriu oportunidade para que outras violações de direitos sejam decididas de forma semelhante. O reconhecimento do Brasil de sua responsabilidade internacional por ato praticado por particular é um passo significativo para sinalizar uma possível mudança na forma como os direitos humanos são tratados no país.

Por último, apesar da superação dessa etapa inicial, a integração do Brasil no Sistema Interamericano de Direitos Humanos ainda é um fenômeno que, apesar da recorrência do debate internacional da proteção das prerrogativas fundamentais dos cidadãos, ainda se encontra em estágio incipiente.

Em suma, o quadro geral recomenda o aprimoramento dos institutos supranacionais para uma integração mais efetiva entre os órgãos jurisdicionais nacionais e comunitários destinados aos fins humanitários.

4 NOTAS CONCLUSIVAS: OS DESAFIOS E AS POSSIBILIDADES DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL EM CONTEXTOS SUPRANACIONAIS

Podemos afirmar que, sob a perspectiva brasileira, o problema central da justiça constitucional nos contextos tendentes à supranacionalidade apresentados reside não apenas no incipiente grau de institucionalização do Mercosul, ou ainda da recente integração do país ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos; mas, sobretudo, nas dificuldades impostas pelo próprio modelo institucional do Poder Judiciário desenhado pela Constituição Federal.

Reitera-se, portanto, que, no âmbito da jurisdição brasileira, são patentes as dificuldades para a implementação de uma efetiva justiça constitucional em contextos supranacionais.

Em outras palavras, é necessário derrubar preconceitos e assumir uma postura jurisdicional mais adaptável às realidades emergentes em âmbito regional e mundial.

Ademais, têm sido inúmeras as demandas de democratização da prestação jurisdicional no Brasil. Desde o ano 2000, essas preocupações sociais estão em desenvolvimento sob a forma do debate político daquilo que se convencionou denominar simplesmente por Reforma do Judiciário.

É justamente nesse momento crítico que se fazem oportunas algumas propostas pertinentes para a flexibilização do sistema constitucional, principalmente no que concerne aos procedimentos de incorporação dos tratados à ordem jurídica brasileira.

Desse modo, torna-se necessário o redimensionamento dos papéis exercidos pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de modo a harmonizá-los com contextos tendentes à *supranacionalidade*.

Como apresentamos, no âmbito do Judiciário, é fundamental que se ultrapasse esse longo período de marasmo e convencionalismo relativamente ao direito internacional.

Partindo-se dos instrumentos já existentes, por exemplo, é possível verificar perspectivas de efetivação do sistema de interação entre a ordem jurídica nacional e a comunitária por meio da instauração de um *controle preventivo de constitucionalidade dos tratados e convenções internacionais*.

No âmbito das recentes negociações internacionais do Mercosul, a referida institucionalização do Tribunal Permanente de Revisão nos permite

traçar perspectivas otimistas para o desenlace do impasse vivenciado até então no acanhado sistema jurisdicional do Mercosul para a solução de controvérsias de natureza comercial.

Já no que toca ao aspecto da incorporação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, a proposta de Reforma do Judiciário parece acenar com interessante fórmula. Passa-se a cogitar, portanto, a superação do problema da *aplicabilidade imediata* dos atos normativos internacionais.

Em suma, seja nessa tendência de consolidação do Mercosul, ou ainda da implementação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a questão da justiça constitucional em contextos supraconstitucionais está intimamente vinculada aos limites da relação entre o direito comunitário e o nacional no âmbito da *transferência de soberania* – assim como nos posicionamos desde as primeiras palavras desta exposição.

Como todos sabem, embora se mencione o preconceito dos latino-americanos em relação a essa idéia de *transferência*, as reformas implementadas nas constituições da Argentina e do Paraguai já trazem positivadas a própria idéia dessa possível delegação.

Caso se admita isso como solução – extremamente ortodoxa no mundo atual –, certamente que ela não virá isenta de problemas, muitos dos quais já colocados concretamente na Europa comunitária.

A primeira pergunta a ser feita seria sobre os limites dessa *transferência*. Qual seria a hierarquia do direito supranacional admitido em face do direito nacional? Como ficam os direitos fundamentais, o nosso princípio da reserva legal ou da legalidade, em face de normas às vezes baixadas por executivos despidos de legitimidade parlamentar?

Admitamos, para argumentar, que enveredássemos pelo caminho desta idéia de *transferência de direitos de soberania*, ainda que submetida a todas as cautelas de estilo, com as aprovações devidas. É verdade, não se pode negar, que neste caso essa *transferência* há de ter, pelo menos, uma pretensão de continuidade ou de duração.

Que faríamos nós em relação às decantadas cláusulas pétreas? E a defesa de direitos e a proteção judiciária? Poder-se-ia cogitar essas questões em nosso sistema latino-americano sem uma revisão do modelo constitucional que marca hoje o Mercosul?

Certamente que ainda não é possível, mas é preciso que tenhamos a abertura suficiente para vislumbrar também essa perspectiva.

Alguns entre nós ainda reagem negativamente à possibilidade de uma eventual *transferência de direitos de soberania*, tal como se fala ou como se expressa no art. 24 da Lei Fundamental de Bonn, desde 1949 – interpretação semelhante já também adotada em relação ao art. 11 da Lei Constitucional

italiana e demais disposições que se reproduziram no direito constitucional europeu.

Se essa opção deve ser ou não trilhada é uma questão que também o tempo haverá de nos dizer; mas, certamente, temos de meditar profundamente sobre isso no contexto mesmo da chamada reforma do Estado brasileiro.

Outro problema relevante diz respeito ao sistema federativo. Como operar tranqüilamente, embora já conheçamos algumas polêmicas e algumas soluções alvitradas, com a eventual necessidade de transferência ou de negociação em relação a direitos e competências dos Estados-membros em face de uma pretensa estrutura comunitária? Como assegurar igualmente a participação dos Estados-membros nesse processo de *transferência*?

É claro que não há como negar que essas reflexões envolvem um repensar de todo o modelo que enfatizava, como princípio fundamental, a idéia de soberania.

Daí a indagação sobre a necessidade de se reverem esses modelos institucionais, ou pelo menos de se deixar no texto constitucional abertura para que, no caso de eventual necessidade, o processo de integração se faça sem tumulto e sem solução de continuidade à adaptação necessária para uma comunidade efetiva e para um ordenamento de caráter supranacional.

Como se pode ver, na verdade temos angústias e indagações, mais do que respostas. Creio também que não estejamos muito distantes do ponto central deste debate, que é a relação entre o significado da justiça constitucional nos contextos supranacionais e, nesse particular, no âmbito da jurisdição constitucional brasileira.