

OS DESAFIOS E AS POSSIBILIDADES DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NOS CONTEXTOS SUPRANACIONAIS

GILMAR MENDES

SUMARIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. 3. A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS NO ÂMBITO DO MERCOSUL. 4. A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS. 5. NOTAS CONCLUSIVAS.

OS DESAFIOS E AS POSSIBILIDADES DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NOS CONTEXTOS SUPRANACIONAIS

Gilmar Mendes

1. Introdução

O art. 4º da Constituição do Brasil de 1988 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*”.

Em comentário a esse artigo, o saudoso Professor Celso Bastos ensinava que tal dispositivo constitucional representa uma clara opção do constituinte pela integração do Brasil em organismos supranacionais¹.

Outros dispositivos da Constituição do Brasil contêm diretrizes para o estabelecimento das relações entre a Constituição e o Direito Internacional. O art. 5º, § 2º, prescreve que os direitos e garantias fundamentais 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*”.

A Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004, incorporou a esse art. 5º os §§ 3º e 4º, que dispõem, respectivamente, que “*os tratados e convenções internacionais*

¹ Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Editora Saraiva, 1988, p. 466

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”, e “o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

Os referidos dispositivos constitucionais têm permitido ao Brasil acompanhar a tendência hodierna de uma integração latino-americana cada vez maior. No último decênio, os países latino-americanos têm evoluído significativamente na criação de novos mecanismos jurídicos destinados à integração regional e à maior interação entre o Direito interno e o Direito Internacional.

Nesse sentido, a Constituição do Paraguai também contém cláusula expressa que prevê a inserção desse país em contextos jurídicos supranacionais. Trata-se do art. 145, que dispõe da seguinte forma: *“La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantiza la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural”.*

Esses fatos estão a demonstrar que a Constituição, no mundo atual, só pode ser compreendida a partir de sua relação permanente com o Direito Internacional.

O presente artigo analisa o papel da jurisdição constitucional brasileira na definição das relações entre o Direito interno e o Direito Internacional, especificamente entre a Constituição e os tratados internacionais.

2. A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

Originariamente, o Supremo Tribunal Federal² 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 Constitucional deliberou nos seguintes termos:

Ementa: 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. (g.n.)

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 dispondo sobre o assunto —, em um momento posterior, a Corte Constitucional brasileira assumiu a matéria com uma preocupação maior com a precisão jurídica.

² RE Nº 71.154/PR, Rel. Min. Osvaldo Trigueiro, DJ de 27.8.1971, RTJ Nº 58/744-747.

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/SE³, com as seguintes disposições:

Ementa: 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 22.1.1969. 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 427/1969, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição 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, ao invés de aplicar uma determinada disposição de tratado, o Tribunal aplicou norma

³ RE Nº 80.004/SE, Rel. Min. Cunha Peixoto, DJ de 29.12.1977, RTJ Nº83/809-848.

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 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.”⁴ (g.n.)

Cabe anotar aqui que os defensores do monismo radical (como, por exemplo, Celso Duvivier de Albuquerque Mello) não se convenceram do acerto do acórdão proferido no RE nº 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

⁴ Francisco Rezek, *Direito Internacional Público: Curso Elementar de Direito Internacional*. 9. ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2002, p. 99.

geral e regra particular, prevalece a norma posterior sobre a anterior”⁵ (g.n.).

A despeito da questão concernente ao confronto entre o tratado internacional e lei ordinária sob a perspectiva da especialidade, destaca-se o precedente firmado no julgamento do *Habeas Corpus* nº 58.727/DF⁶, no qual 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/DF⁷. 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 inconstitucionalidade ou constitucionalidade desses atos normativos internacionais.

⁵ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1999, p. 19.

⁶ HC nº 58.727/DF, Rel. Min. Soares Muñoz, DJ de 3.4.1981.

⁷ ADI-MC nº 1480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 18.5.2001.

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 INFRACONSTITUCIONAIS 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. [...]. " (g.n)⁸.

Importante também chamar a atenção para a ADI N° 1.625⁹, ora em julgamento no Supremo Tribunal Federal.

⁸ ADI-MC N° 1480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 18.5.2001.

⁹ ADI 1.625/DF, Rel. Min. Mauricio Corrêa. Julgamento não concluído, em virtude de pedido de vista do Ministro Joaquim Barbosa.

Ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura - Contag e pela Central Única dos Trabalhadores - CUT contra o Decreto 2.100/96, onde o Presidente da República torna pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção 158 da OIT (término da relação de trabalho por iniciativa do empregador), pleiteia-se a inconstitucionalidade de denúncia unilateral por parte do governo brasileiro.

Deverá o Supremo Tribunal Federal, nesse caso, decidir se o sistema de denúncias restará na alçada discricionária do Presidente da República ou, contrariamente, se deverá ser exigido o assentimento do Congresso Nacional antes da desvinculação unilateral do Brasil de qualquer tratado internacional. A depender da decisão do STF no presente caso, poderemos ter significativa mudança jurisprudencial.

Conclusivamente, em um panorama geral, os efeitos dos tratados internacionais sujeitam-se a 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.

3. 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 estabelece um sistema de *fiscalização e acompanhamento* das incorporações normativas e dos respectivos prazos para que isso ocorra (Decreto nº 23/2000).

Os doutrinadores indagam qual força esse tipo de norma apresentaria, considerando que, além de sequer ter passado pelos Parlamentos nacionais, ela apenas repetir o disciplinado em Tratados anteriores.

Assim, o art. 10 do referido documento 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"*.

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 principais¹⁰: a primeira versa sobre o Protocolo de *Las Leñas* de cooperação judicial; 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 pelo Decreto N° 2067, de 12 de novembro de 1996, e objetiva, em termos gerais, facilitar as provas, as trocas de informações, o reconhecimento de sentenças e 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) residente ou sediado no Mercosul¹¹; e, por fim, possibilita trâmites mais céleres para o reconhecimento e execução por carta rogatória.

¹⁰ Claudia Lima Marques, *Direito do Mercosul: Direito oriundo do Mercosul, entre Direito Internacional Clássico e novos caminhos de integração*. Revista de Derecho Internacional y del Mercosu/ Revista de Direito Internacional e do Mercosul. Buenos Aires, ano 7, n.1, fev. 2003.

¹¹ “Art. 3. Os cidadãos e os residente 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.”

Entretanto, essa suposta desburocratização dos procedimentos judiciais internacionais tem sido obstada pela tradição brasileira da homologação judicial e da centralização judicial no STF¹², como exemplifica a decisão do Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 7.613¹³, 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 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,

¹² A esse respeito cf. a seguinte série de julgados: CR-AgR nº 7.613/Argentina, Rel. Min. Sepúlveda Pertence *DJ* de 14.4.1997; CR-AgR nº 7.618/Argentina, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 15.4.1997; CR nº 8240/Argentina, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 1.3.1999; CR nº 8267/Argentina, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 22.3.1999; CR nº 7.662/Argentina, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 11.9.1997; CR nº 7.899/Argentina, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 2.9.1997; CR nº 8.038/Argentina, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 15.10.1997; e RCL nº 717/RS, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 19.9.2002.

¹³ CR-AgR nº 7613/Argentina, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 14.4.1997. Ressalte-se que a EC nº 45/2004 transferiu para o Superior Tribunal de Justiça a competência para a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias (art. 105, I, *i*).

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 LIMA:

“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”¹⁴.

A interpretação de decisões judiciais conferida ao Protocolo de *Las Leñas* pelo Supremo Tribunal Federal possibilitava a homologação via carta rogatória. Porém, ainda persistia, à época dos referidos julgamentos, a centralização imposta pela Constituição brasileira no art. 102, I, *h*, que preceituava competir ao STF processar e julgar, originariamente, “a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do

¹⁴ Claudia Lima Marques, *Direito do Mercosul: Direito oriundo do Mercosul, entre Direito Internacional Clássico e novos caminhos de integração*, op. cit.

'*exequatur*' às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente"¹⁵. Por esse motivo, a decisão foi considerada por autores argentinos e uruguaiois como insuficiente, por tornar inócuas as pretensões de economia e celeridade processual almejada pelo sistema.

Nesse sentido, a argentina Maria Noodt 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*"¹⁶.

Quanto à segunda vertente jurisprudencial¹⁷, observam-se decisões referentes ao Protocolo de Cautelares. Segundo dispõe o seu art. 5º: "*A admissibilidade da medida cautelar será regulada pelas leis e julgada pelos juizes ou Tribunais do Estado requerente.*"

Este protocolo já havia sido apreciado quando do julgamento do Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 8.279¹⁸. 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

¹⁵ Tal dispositivo restou revogado pela EC nº 45/2004, de 8.12.2004, que acrescentou a alínea "i" ao art. 105 da CF, transferindo para o Superior Tribunal de Justiça a competência para a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias.

¹⁶ María Blanca NOODT TAQUELA, *Los procesos a distancia y otros modos de cooperación judicial internacional en el MERCOSUR. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, nº 15, p. 186.

¹⁷ CR-AgR nº 8.279/Argentina, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 29.6.1998; e CR-AgR nº 9.194-Argentina, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ de 24.11.2000.

¹⁸ CR-AgR nº 8.279/Argentina, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 29.6.1998.

internacionais em geral e dos acordos celebrados no âmbito do Mercosul sujeita 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 18/3/97), 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 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. (g.n.)¹⁹

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

¹⁹ CR-AgR nº 8.279/Argentina, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 29.6.1998.

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 (g.n.). 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 direto e do postulado da aplicabilidade imediata”²⁰.

Posteriormente, no julgamento do Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 9.194²¹, o STF aplicou o Protocolo de Cautelares do Mercosul, já incorporado, nos seguintes termos: “A medida rogada encontra amparo nos arts. 3º, 21 e segs. do Protocolo de Medidas Cautelares, concluído em Ouro Preto, em 16 de dezembro de 1994, e aprovado pelo Decreto Nº 2626, de 15 de junho de 1998.”

Todavia, tendo em vista a já aludida disposição constitucional conservadora e centralizadora das cartas rogatórias quando ainda no âmbito da Corte Constitucional (CF, art. 102, I, h)²², restou prejudicado o caráter de inovação processual do Protocolo.

²⁰ CR-AgR nº 8.279/Argentina, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 29.6.1998.

²¹ CR-AgR nº 9.194/Argentina, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ de 24.11.2000.

²² A competência para a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias foi transferida para o STJ, de acordo com a EC nº 45/2004.

Como se pode deprender 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.

4. A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS

Em sessão plenária de 22 de novembro de 2006, o Supremo Tribunal Federal deu um grande passo jurisprudencial quanto à questão da incorporação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.

No julgamento do RE nº 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, e do RE nº 349.703, Rel. orig. Min. Ilmar Galvão, sete Ministros (Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio) votaram no sentido de se declarar a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia. Entendeu-se que, tendo em vista o caráter *supralegal* dos tratados sobre direitos humanos, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação

da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.

O julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do Ministro Celso de Mello, mas tudo indica que o Supremo Tribunal Federal consolidará tal entendimento, pondo fim a uma intensa discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o *status* normativo dos diplomas internacionais em matéria de direitos humanos.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, surgiram diversas interpretações que consagraram um tratamento diferenciado aos tratados relativos a direitos humanos, em razão do disposto no § 2º do art. 5º, o qual afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Essa disposição constitucional deu ensejo a uma instigante discussão doutrinária e jurisprudencial – também observada no direito comparado²³ – sobre o *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, a qual pode ser sistematizada em quatro correntes principais, a saber: a) a vertente que reconhece a natureza *supraconstitucional* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos²⁴; b) o posicionamento que atribui caráter *constitucional* a esses diplomas internacionais²⁵; c) a tendência

²³ Germán J. Bidart Campos, *Teoría General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 357.

²⁴ Celso Duvivier de Albuquerque Mello, O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25-26.

²⁵ Antonio Augusto Cançado, 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, nº 113-

que reconhece o *status* de *lei ordinária* a esse tipo de documento internacional²⁶; d) por fim, a interpretação que atribui caráter *supralegal* aos tratados e convenções sobre direitos humanos²⁷.

A primeira vertente professa que os tratados de direitos humanos possuiriam *status* supraconstitucional. No direito comparado, Bidart Campos defende essa tese em trechos dignos de nota:

“Si para nuestro tema atendemos al derecho internacional de los derechos humanos (tratados, pactos, convenciones, etc., con un plexo global, o con normativa sobre un fragmento o parcialidad) decimos que en tal supuesto el derecho internacional contractual está por encima de la Constitución. Si lo que queremos es optimizar los derechos humanos, y si conciliarlo con tal propósito interpretamos que las vertientes del constitucionalismo moderno y del social se han enrolado – cada una en su situación histórica – en líneas de derecho interno inspiradas en un ideal análogo, que ahora se ve acompañado internacionalmente, nada tenemos que objetar (de lege ferenda) a la ubicación prioritaria del derecho internacional de los derechos humanos respecto de la Constitución. Es cosa que cada Estado ha de decir por sí, pero si esa decisión conduce a erigir a los tratados sobre derechos humanos en instancia prelatoria respecto de la Constitución, el principio de su supremacía – aun debilitado – no queda escarnecido en su télesis, porque es sabido que desde

118, 1998. p. 88-89; Flávia PIOVESAN, *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 83.

²⁶ RE nº 80.004/SE, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ 29.12.1977.

²⁷ Art. 25 da Constituição da Alemanha; art. 55 da Constituição da França; art. 28 da Constituição da Grécia.

que lo plasmó el constitucionalismo clásico se ha enderezado – en común con todo el plexo de derechos y garantías – a resguardar a la persona humana en su convivencia política”²⁸.

Entre nós, Celso de Albuquerque Mello²⁹ é um exemplar defensor da preponderância dos tratados internacionais de direitos humanos em relação às normas constitucionais, que não teriam, no seu entender, poderes revogatórios em relação às normas internacionais. Em outros termos, nem mesmo uma emenda constitucional teria o condão de suprimir a normativa internacional subscrita pelo Estado em tema de direitos humanos.

É de ser considerada, no entanto, a dificuldade de adequação dessa tese à realidade de Estados que, como o Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle da constitucionalidade desses diplomas internacionais.

Como deixou enfatizado o Supremo Tribunal Federal ao analisar o problema, *“assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está insita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição (...) e aquele que, em consequência, explicitamente admite o*

²⁸ Germán J. Bidart Campos, *Teoría General de los Derechos Humanos*, op. cit., 353.

²⁹ MELLO. O §2º do art. 5º da Constituição Federal, cit., p. 25.

controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b)³⁰.

Os poderes públicos brasileiros não estão menos submetidos à Constituição quando atuam nas relações internacionais em exercício do *treaty-making power*. Os tratados e convenções devem ser celebrados em consonância não só com o procedimento formal descrito na Constituição³¹, mas com respeito ao seu conteúdo material, especialmente em tema de direitos e garantias fundamentais.

O argumento de que existe uma confluência de valores supremos protegidos nos âmbitos interno e internacional em matéria de direitos humanos não resolve o problema. A sempre possível ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão “direitos humanos” poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna. O risco de normatizações camufladas seria permanente.

A equiparação entre tratado e Constituição, portanto, esbarraria já na própria competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para exercer o controle da regularidade formal

³⁰ RHC n° 79.785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.11.2002.

³¹ 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.

e do conteúdo material desses diplomas internacionais em face da ordem constitucional nacional.

Ressalte-se, porém, que, na medida em que esse tipo de controle possa ser exercido, não se podem olvidar as possíveis repercussões de uma declaração de inconstitucionalidade no âmbito do Direito Internacional.

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 os famosos casos *Maastricht* na Alemanha³² e na Espanha³³ –, os Tribunais evitam declarar a inconstitucionalidade de atos normativos internacionais.

Como afirmou o Tribunal Constitucional da Espanha no caso *Maastricht*:

“Aunque aquella supremacía quede en todo caso asegurada por la posibilidad de impugnar (arts. 27.2 c, 31 y 32.1 LOTC) o cuestionar (art. 35 LOTC) la constitucionalidad de los tratados una vez que formen parte del ordenamiento interno, es evidente la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, implicaría la

³² BVerfGE 89, 155 (175); cf. também SCHWARZE, Jürgen, In: BADURA, Peter/ DREIER, Horst, *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen, 2001, vol. I, p. 224 (229).

³³ Declaração do Tribunal Constitucional da Espanha de 1º de julho de 1992, caso *Maastricht*. In: LÓPEZ GUERRA, Luis. *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 603.

eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada.”

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

Essa idéia, apesar de todos os óbices do sistema brasileiro, já apresenta os elementos suficientes para a sua exeqüibilidade. Uma vez que o Decreto Legislativo que aprova o instrumento internacional é passível de impugnação pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), ou ainda, da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), esse controle de caráter preventivo é possível no Brasil.

Assim, em face de todos os inconvenientes resultantes da eventual supremacia dos tratados na ordem constitucional, há quem defenda o segundo posicionamento, o qual sustenta que os tratados de direitos humanos possuiriam estatura constitucional.

Essa tese entende o § 2º do art. 5º da Constituição como uma *cláusula aberta de recepção* de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil. Ao possibilitar a incorporação de novos direitos por meio de tratados, a Constituição estaria a atribuir a esses diplomas internacionais a hierarquia de norma constitucional. E o § 1º do art. 5º asseguraria a tais normas a *aplicabilidade imediata* nos planos nacional e internacional, a partir do ato de ratificação, dispensando qualquer intermediação legislativa.

A hierarquia constitucional seria assegurada somente aos tratados de proteção dos direitos humanos, tendo em vista seu

caráter especial em relação aos tratados internacionais comuns, os quais possuiriam apenas estatura infraconstitucional.

Para essa tese, eventuais conflitos entre o tratado e a Constituição deveriam ser resolvidos pela *aplicação da norma mais favorável à vítima*, titular do direito, tarefa hermenêutica da qual estariam incumbidos os tribunais nacionais e outros órgãos de aplicação do direito³⁴. Dessa forma, o Direito Interno e o Direito Internacional estariam em constante interação na realização do propósito convergente e comum de proteção dos direitos e interesses do ser humano³⁵.

No Brasil, defendem essa tese Antônio Augusto Cançado Trindade³⁶ e Flávia Piovesan³⁷, os quais entendem que os §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição caracterizar-se-iam, respectivamente, como garantes da aplicabilidade direta e do caráter constitucional dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Cançado Trindade, que propôs à Assembléia Nacional Constituinte, em 1987, a inclusão do atual § 2º ao art. 5º no texto constitucional que estava sendo construído, assim expressa seu pensamento:

³⁴ Flávia Piovesan, *A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*. In: *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 44-56.

³⁵ Antonio Augusto Cançado Trindade, *A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos*. In: *Arquivos do Ministério da Justiça*, ano 46, nº 12, jul/dez. 1993.

³⁶ Antonio Augusto Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p.515.

³⁷ Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5. ed., São Paulo: Max Limonad, 2002.

“O propósito do disposto nos parágrafos 2 e 1 do artigo 5 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 (...). 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 artigo (5) 2 da Constituição Federal Brasileira”³⁸.

A hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos é prevista, por exemplo, pela Constituição da Argentina, que delimita o rol de diplomas internacionais possuidores desse *status* normativo diferenciado em relação aos demais tratados de caráter comum³⁹. Da mesma forma, a

³⁸ Antônio Augusto Cançado Trindade, 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, nº 113-118, 1998, p. 88-89.

³⁹ Art. 75 (22) da Constituição da Argentina. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre

Constituição da Venezuela, a qual, além da hierarquia constitucional, estabelece a aplicabilidade imediata e direta dos tratados na ordem interna e fixa a regra hermenêutica da norma mais favorável ao indivíduo, tal como defendido por essa corrente doutrinária⁴⁰.

Apesar da interessante argumentação proposta por essa tese, parece que a discussão em torno do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do § 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.*”

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

⁴⁰ Constituição da Venezuela de 2000, art. 23: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

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

Em outros termos, solucionando a questão para o futuro -- em que os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais, terão que ser aprovados em quorum especial nas duas Casas do Congresso Nacional --, a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE nº 80.004/SE, da relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque⁴¹, e encontra respaldo em um largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988⁴².

Após a reforma, ficou ainda mais difícil defender a terceira das teses acima enunciadas, que prega a idéia de que os tratados de direitos humanos, como quaisquer outros instrumentos convencionais de caráter internacional, poderiam ser concebidos como equivalentes às leis ordinárias. Para essa tese, tais acordos não possuiriam a devida legitimidade para confrontar, nem para complementar o preceituado pela Constituição Federal em matéria de direitos fundamentais.

⁴¹ Julgado em 1º.6.1977, *DJ* 29.12.1977

⁴² HC nº 72.131/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 1º.8.2003; ADI-MC nº 1.480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 18.5.2001; HC nº 81.139/GO, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 19.8.2005; HC nº 79.870/SP, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 20.10.2000; HC nº 77.053/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 4.9.1998; RE nº 206.482/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 5.9.2003; RHC nº 80.035/SC, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 17.8.2001.

O Supremo Tribunal Federal, como anunciado, passou a adotar essa tese no julgamento do RE nº 80.004/SE. Na ocasião, os Ministros integrantes do Tribunal discutiram amplamente o tema das relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno. O Relator, Ministro Xavier de Albuquerque, calcado na jurisprudência anterior, votou no sentido do primado dos tratados e convenções internacionais em relação à legislação infraconstitucional. A maioria, porém, após voto-vista do Min. Cunha Peixoto, entendeu que ato normativo internacional – no caso, a Convenção de Genebra, Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias – poderia ser modificado por lei nacional posterior, ficando consignado que os conflitos entre duas disposições normativas, uma de direito interno e outra de direito internacional, devem ser resolvidos pela mesma regra geral destinada a solucionar antinomias normativas num mesmo grau hierárquico: *lex posterior derogat legi priori*.

Na verdade, o entendimento que prevaleceu foi o exposto no brilhante voto do Ministro Leitão de Abreu, que bem equacionou a questão, da seguinte maneira:

“(...) Como autorização dessa natureza, segundo entendo, não figura em nosso direito positivo, pois que a Constituição não atribui ao judiciário competência, seja para negar aplicação a leis que contradigam tratado internacional, seja para anular, no mesmo caso, tais leis, a consequência, que me parece inevitável, é que os tribunais estão obrigados, na falta de título jurídico para proceder de outro modo, a aplicar as leis incriminadas de incompatibilidade com tratado. Não se diga que isso equivale a admitir que a lei posterior ao tratado e com ele incompatível reveste eficácia revogatória deste, aplicando-se, assim, para dirimir o conflito, o princípio ‘lex posterior revogat’

priori'. A orientação, que defendo, não chega a esse resultado, pois, fiel à regra de que o tratado possui forma de revogação própria, nega que este seja, em sentido próprio, revogado pela lei. Conquanto não revogado pela lei que o contradiga, a incidência das normas jurídicas constantes do tratado é obstada pela aplicação, que os tribunais são obrigados a fazer, das normas legais com aqueles conflitantes. Logo, a lei posterior, em tal caso, não revoga, em sentido técnico, o tratado, senão que lhe afasta a aplicação. A diferença está em que, se a lei revogasse o tratado, este não voltaria a aplicar-se, na parte revogada, pela revogação pura e simples da lei dita revogatória. Mas como, a meu juízo, a lei não o revoga, mas simplesmente afasta, enquanto em vigor, as normas do tratado com ela incompatíveis, voltará ele a aplicar-se, se revogada a lei que impediu a aplicação das prescrições nele consubstanciadas"⁴³.

Sob a égide da Constituição de 1988, exatamente em 22 de novembro de 1995, o Plenário do STF voltou a discutir a matéria no HC nº 72.131/RJ, Redator para o acórdão Ministro Moreira Alves, porém agora tendo como foco o problema específico da prisão civil do devedor como depositário infiel na alienação fiduciária em garantia. Na ocasião, reafirmou-se o entendimento de que os diplomas normativos de caráter internacional adentram o ordenamento jurídico interno no patamar da legislação ordinária e eventuais conflitos normativos resolvem-se pela regra *lex posterior derogat legi priori*. Preconizaram esse entendimento também os votos vencidos dos

⁴³ Tanto foi assim que o Tribunal, posteriormente, no julgamento do RE nº 95.002/PR, Rel. Min. Soares Muñoz, DJ 13.11.1981, voltou a aplicar a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias.

Ministros Marco Aurélio, Francisco Rezek e Carlos Velloso. Deixou-se assentado, não obstante, seguindo-se o entendimento esposado no voto do Ministro Moreira Alves, que o art. 7º (7) do Pacto de São José da Costa Rica, por ser norma geral, não revoga a legislação ordinária de caráter especial, como o Decreto-Lei nº 911/69, que equipara o devedor-fiduciante ao depositário infiel para fins de prisão civil.

Posteriormente, no importante julgamento da medida cautelar na ADI nº 1.480-3/DF, Rel. Min. Celso de Mello (em 4.9.1997), o Tribunal voltou a afirmar que entre os tratados internacionais e as leis internas brasileiras existe mera relação de paridade normativa, entendendo-se as “leis internas” no sentido de simples leis ordinárias e não de leis complementares.

A tese da legalidade ordinária dos tratados internacionais foi reafirmada em julgados posteriores⁴⁴ e mantém-se firme na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

É preciso ponderar, no entanto, se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada.

Não se pode perder de vista que hoje vivemos em um “Estado Constitucional Cooperativo”, identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta

⁴⁴ RE nº 206.482/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 27.5.1998, *DJ* 5.9.2003; HC nº 81.319/GO, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 24.4.2002, *DJ* 19.8.2005; Cf. também HC n 77.053/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 23.6.1998, *DJ* 4.9.1998; HC nº 79.870/SP, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 16.5.2000, *DJ* 20.10.2000; RE nº 282.644/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ o acórdão Min. Nelson Jobim, julgado em 13.2.2001, *DJ* 20.9.2002.

como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais⁴⁵.

Para Häberle, ainda que, numa perspectiva internacional, muitas vezes a cooperação entre os Estados ocupe o lugar de mera coordenação e de simples ordenamento para a coexistência pacífica (ou seja, de mera delimitação dos âmbitos das soberanias nacionais), no campo do direito constitucional nacional, tal fenômeno, por si só, pode induzir ao menos a tendências que apontem para um enfraquecimento dos limites entre o interno e o externo, gerando uma concepção que faz prevalecer o direito comunitário sobre o direito interno⁴⁶.

Nesse contexto, mesmo conscientes de que os motivos que conduzem à concepção de um Estado Constitucional Cooperativo são complexos, é preciso reconhecer os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral⁴⁷ como os mais evidentes. E no que se refere ao aspecto ideal-moral, não se pode deixar de considerar a proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, a exigir dos atores da vida sócio-política do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais⁴⁸ e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana.

⁴⁵ Peter Häberle, *El estado constitucional*. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 75-77.

⁴⁶ Häberle, *El estado constitucional*, cit., p. 74.

⁴⁷ Häberle, *El estado constitucional*, cit., p. 68.

⁴⁸ Häberle. *El estado constitucional*, cit., p. 67.

Na realidade europeia, é importante mencionar a abertura institucional a ordens supranacionais consagrada em diversos textos constitucionais (cf. v.g. Preâmbulo da Lei Fundamental de Bonn e art. 24, (I); o art. 11 da Constituição italiana⁴⁹; os arts. 8º⁵⁰ e 16⁵¹ da Constituição portuguesa; e, por fim, os arts. 9º (2) e 96 (1) da Constituição espanhola⁵²; dentre outros)⁵³.

⁴⁹ 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*”.

⁵⁰ Cf. José Joaquim Gomes Canotihlo, *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*”.

⁵¹ O art. 16, n.º 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 internacional*”. Ademais, o art. 16, n.º 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*”.

⁵² A Constituição espanhola, em seu art. 9 n.º 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 ratificados pela Espanha*”. Ademais, no art. 96, n.º 1, dita a regra de que: “*os tratados internacionais, logo que publicados oficialmente na Espanha farão parte da ordem interna espanhola*”.

⁵³ Jochen Frowein, *Abr. Die Europäisierung des Verfassungsrechts*. In: Peter Badura, e Horst Dreier, *Festschrift des Bundesverfassungsgerichts*. Bd. I, 2001. p. 209-210.

Ressalte-se, nesse sentido, 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 quatro disposições 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”*, que, conforme mencionado, representa uma clara opção do constituinte pela integração do Brasil em organismos supranacionais, na lição do Professor Celso Bastos.

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”*.

A terceira e quarta cláusulas foram acrescentadas pela Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004, constantes dos §§ 3º e 4º do art. 5º, que rezam, respectivamente, que *“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”*, e *“o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”*.

Convém lembrar, também, que vários países latino-americanos já avançaram no sentido de sua inserção em contextos supranacionais, reservando aos tratados internacionais de direitos humanos lugar especial no ordenamento jurídico, algumas vezes concedendo-lhes valor normativo constitucional.

Assim, o Paraguai (art. 145 da Constituição)⁵⁴ e a Argentina (art. 75 inc. 24)⁵⁵, provavelmente influenciados pela institucionalização da União Européia, inseriram conceitos de *supranacionalidade* em suas Constituições. A Constituição uruguaia, por sua vez, promulgada em fevereiro de 1967, inseriu novo inciso em seu artigo 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.*"

Esses dados revelam uma 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

⁵⁴Constituição do Paraguai, de 20.6.1992, artigo 145: "*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.*"

⁵⁵A Constituição da Argentina, no inciso 24 do artigo 75, estabelece que "*Corresponde ao Congresso: aprovar tratados de integração que deleguem competências e jurisdição a organizações supraestatais 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.*"

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 São 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. E um dos fatores primordiais desse fato está no modo como se tem concebido o processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna.

Tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente.

Importante deixar claro que o anacronismo da tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao Estado brasileiro, ao fim e ao cabo, o descumprimento unilateral de um acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante *“pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”*.

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

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

Essa tese foi aventada, em sessão de 29 de março de 2000, no julgamento do RHC nº 79.785/RJ, pelo voto do Relator, Min. Sepúlveda Pertence, que acenou com a possibilidade da consideração dos tratados sobre direitos humanos como documentos supralegais. Pertence manifestou seu pensamento da seguinte forma:

“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 ADInMc 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”⁵⁶.

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

Anoto, ainda, que o mesmo tratamento hierárquico-normativo é dado aos tratados e convenções internacionais pela Constituição da França de 1958 (art. 55)⁵⁷ e pela Constituição da Grécia de 1975 (art. 28)⁵⁸.

Também o Reino Unido vem dando mostras de uma verdadeira revisão de conceitos. O Parlamento já não mais se

⁵⁶ RHC nº 79.785/RJ, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.11.2002, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso.

⁵⁷ Art. 55 da Constituição da França de 1958: “*Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.*”

⁵⁸ Art. 28 da Constituição da Grécia de 1975: “*The generally recognized rules of international law and the international conventions after their ratification by law and their having been put into effect in accordance with their respective terms, shall constitute an integral part of Greek law and override any law provision to the contrary.*”

mostra um soberano absoluto. O “*European Communities Act*”, de 1972, atribuiu ao direito comunitário hierarquia superior em face de leis formais aprovadas pelo Parlamento. Essa orientação tornou-se realidade no caso *Factortame Ltd. v. Secretary of State for Transport (N.2)* [1991]⁵⁹.

No Direito Tributário, ressalto a vigência do princípio da prevalência do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional, previsto pelo art. 98 do Código Tributário Nacional⁶⁰. Há, aqui, uma visível incongruência, pois admite-se o caráter especial e superior (hierarquicamente) dos tratados sobre matéria tributária em relação à legislação infraconstitucional⁶¹, mas quando se trata de tratados sobre direitos humanos, reconhece-se a possibilidade de que seus efeitos sejam suspensos por simples lei ordinária⁶².

É preciso lembrar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, por longo tempo, adotou a tese do primado do direito

⁵⁹ Christian Tomuschat, *Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte*, in Peter Badura e Horst Dreier (org.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, Tübingen, Mohr-Siebeck, v. 1, p. 249.*

⁶⁰ Na doutrina: Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, (coord.). *Tratados internacionais na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Lex Editora; 2005. Hugo de Britto Machado, *Curso de Direito Tributário*. 23. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 88-89. Na jurisprudência: RE nº 99.376/RS, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 1.6.1984; RE nº 90.824/SP, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 19.9.1980. Há quem defenda a inconstitucionalidade do art. 98 do Código Tributário. Nesse sentido: Roque Antonio Carrazza, *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 208-209.

⁶¹ RE nº 99.376/RS, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 1.6.1984.

⁶² HC nº 72.131/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 1.8.2003; ADI-MC nº 1.480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 18.5.2001; HC nº 81.139/GO, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 19.8.2005; HC nº 79.870/SP, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 20.10.2000; HC nº 77.053/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 4.9.1998; RE nº 206.482/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 5.9.2003; RHC nº 80.035/SC, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 17.8.2001.

internacional sobre o direito interno infraconstitucional. Cito, a título exemplificativo, os julgamentos das Apelações Cíveis nº 9.587, de 1951, Rel. Min. Orozimbo Nonato, e 7.872, de 1943, Rel. Min. Philadelpho Azevedo.

A premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.

É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

Como enfatiza Cançado Trindade, “*a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central*”⁶³.

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Nesse sentido, será possível ao Supremo Tribunal Federal concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso

⁶³ Antonio Augusto Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, cit., p. 515.

LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969.

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916.

Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.

De qualquer forma, o legislador constitucional não fica impedido de submeter o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, tal como definido pela EC nº 45/2004, conferindo-lhes *status* de emenda constitucional.

5. NOTAS CONCLUSIVAS

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 brasileiro, 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, que já tiveram, como consequência, a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Em suma, as alterações introduzidas pela referida Emenda Constitucional visaram a: i) uma maior celeridade e eficiência processual; ii) maiores garantias para a efetiva inclusão social; e, iii) racionalização do sistema processual e de competências dos órgãos jurisdicionais, de modo a viabilizar a segurança jurídica e a retomar confiança no Poder 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 a 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 negociações internacionais do Mercosul, a institucionalização do Tribunal Permanente de Revisão nos permite traçar perspectivas otimistas para o desenlace do impasse vivenciado, até então, no acanhado sistema jurisdicional de solução de controvérsias (de natureza comercial) do Mercosul.

Já no que toca ao aspecto da incorporação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, a Emenda Constitucional nº 45/2004 acenou 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 supranacionais está intimamente vinculada aos limites da relação entre o direito comunitário e o nacional, no âmbito da *transferência de soberania*.

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 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 despídos 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, no caso brasileiro, 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 artigo 24, da Lei fundamental de Bonn, desde 1949 – interpretação semelhante já também adotada em relação ao artigo 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 que meditar profundamente sobre isto, no contexto mesmo da chamada reforma do Estado brasileiro.

Outro problema relevante diz respeito ao sistema federativo. Como operar tranquilamente, 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 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 estamos 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.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (coord.). *Tratados internacionais na ordem jurídica brasileira*. São Paulo. Lex Editora; 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, São Paulo, Editora Saraiva, 3ra. Ed., 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; **MARTINS**, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Editora Saraiva, 1988.

BIDART CAMPOS, Gérman J.. *Teoría General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires, Astrea; 1991.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos. In: *Arquivos do Ministério da Justiça*, Ano 46, nº 12, jul/dez. 1993.

CANÇADO TRINDADE, Antonio 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, nº 113-118, 1998.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2ª reimpressão, 2006.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros; 2003.

DREIER, Horst. Festschrift des Bundesverfassungsgerichts. Bd. I, 2001.

HÄBERLE, Peter. El estado constitucional. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

LÓPEZ GUERRA, Luis. Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2000.

MACHADO, Hugo de Britto. Curso de Direito Tributário. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. O "Direito do Mercosul": Direito oriundo do Mercosul, entre Direito Internacional Clássico e novos caminhos de integração. Revista de Derecho Internacional y del Mercosur / Revista de Direito Internacional e do Mercosul. Buenos Aires, año 7, n.1 Feb. 2003.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: Torres, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

NOODT TAQUELA, Maria 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, nº 15.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: Temas de Direitos Humanos. 2a Ed. São Paulo: Max Limonad; 2003.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 5ª Ed. São Paulo: Max Limonad; 2002.

REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar, 9a.ed., revista, São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHWARZE, Jürgen. In: Badura, Peter/ Dreier, Horst, Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Vol. I. Tübingen, 2001.

TOMUSCHAT, Christian. Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte, in Peter Badura e Horst Dreier (org.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Vol. I. Tübingen, 2001.