

RELAÇÃO ENTRE A RECEPÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL E O GRAU DE ABERTURA DAS CONSTITUIÇÕES AOS FENÔMENOS DE INTEGRAÇÃO REGIONAL

RELACIÓN ENTRE LA RECEPCIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL Y EL GRADO DE APERTURA DE LAS CONSTITUCIONES A LOS FENÓMENOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL

*Aline Beltrame de Moura**

Resumo: *O presente artigo objetiva analisar a posição hierárquica que as normas internacionais assumem perante os ordenamentos jurídicos dos Estados membros do MERCOSUL de modo a estabelecer a relação entre a forma de recepção do direito internacional e o grau de abertura das constituições nacionais aos fenômenos de integração regional. Observa-se que há um tratamento bastante diferenciado em cada um dos países analisados, dificultando o aprofundamento da cooperação regional. A metodologia utilizada baseia-se na pesquisa comparativa da legislação, doutrina e jurisprudência dos cinco Estados membros do MERCOSUL, qual sejam Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela.*

Resumen: *El presente artículo tiene por objeto analizar la posición jerárquica que las normas internacionales asumen ante los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros del MERCOSUR para establecer la relación entre la forma de recepción del derecho internacional y el grado de apertura de las constituciones nacionales a los fenómenos de integración regional. Se observa que hay un tratamiento bastante diferenciado en cada uno de los países analizados, dificultando la profundización de la cooperación regional. La metodología utilizada se basa en la investigación comparativa de la legislación, doctrina y jurisprudencia de los cinco Estados miembros del MERCOSUR, que son Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela.*

* Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil.
E-mail: aline.moura@ufsc.br
Recibido: 12/03/2018. Aceptado: 30/06/2018.

Palavras-chave: Direito Internacional, Direito Constitucional, Direito Comparado, Hierarquia das fontes, MERCOSUL

Palabras clave: Derecho Internacional, Derecho Constitucional, Derecho Comparado, Jerarquía de las fuentes, MERCOSUR

1. INTRODUÇÃO

No âmbito dos processos de integração, a construção de um quadro normativo decorrente das decisões tomadas pelos órgãos regionais sempre apresentou características próprias no que se refere à implementação de tais normas no espaço territorial dos Estados Partes. Portanto, a sua efetividade depende, principalmente, da incorporação por parte de cada um dos sistemas jurídicos estatais da norma de direito internacional e, ainda, do modo como em um determinado ordenamento estatal as diferentes categorias de normas internacionais são aplicadas e coordenadas com as respectivas regras internas. Neste ponto, cumpre esclarecer que, para os fins de solução prática dos problemas concernentes à incorporação, se mostra irrelevante o debate aprofundado entre certas posições teóricas, como o monismo e o dualismo, pois mesmo em se adotando uma ou outra perspectiva, o conteúdo, em si, não é alterado¹.

Considerando, portanto, o ordenamento jurídico interno das organizações internacionais como um ordenamento derivante do direito internacional geral, o problema das relações entre aquele e os sistemas jurídicos internos dos Estados membros não se apresenta em termos diferentes do mais amplo problema da relação entre o ordenamento internacional geral e os respectivos ordenamentos internos. Além disso, sendo a organização internacional fundada em um tratado constitutivo, trata-se, pois, de examinar a eficácia deste nos ordenamentos internos².

Um dos pontos relevantes da relação entre direito do MERCOSUL e sistemas jurídicos nacionais é a posição hierárquica que o primeiro adquire quando incorporado a estes. Nesse sentido, de acordo com o que será analisado, Argentina, Paraguai e Venezuela adotam um sistema que privilegia as normas MERCOSUL, por sua vez, Brasil e Uruguai não preveem nenhum tratamento diferenciado. Trata-se, assim, de verificar qual é a eficácia adquirida pelas normas estatutárias do MERCOSUL (tratados e protocolos) e pelos atos emanados de seus órgãos quando

1A título de esclarecimento, segundo os defensores do monismo, o direito estatal encontra o seu fundamento no direito internacional, já os que sustentam o dualismo afirmam que o ordenamento estatal seja originário e, portanto, completamente distinto e separado do ordenamento internacional. Para aprofundamento ver: CONFORTI, Benedetto. *Diritto internazionale*. VIII ed. Napoli: Scientifica, 2010, p. 308.

2 DRAETTA, Ugo. *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*. 3° ed. Milano: Giuffrè, 2010, p. 169-170

entram em contato com as normas nacionais dos Estados membros.

Outro ponto de suma importância na relação entre ambos os ordenamentos é a questão da harmonização das legislações dos Estados membros em favor da construção do mercado comum. Apesar de esta ser uma das afirmações previstas pelo art. 1 do Tratado de Assunção, de 1991, observa-se que é uma meta de difícil alcance na atual fase do processo de integração do MERCOSUL. É irrefutável que existam países cujos ordenamentos já se encontram preparados para uma experiência mais intensa de convivência no plano internacional e outros que, ao invés, parecem ser indiferentes às evidentes mudanças do cenário regional e global.

No âmbito do MERCOSUL, Argentina e Paraguai procederam à reforma das respectivas Constituições com a finalidade de se harmonizarem às exigências de uma efetiva integração no plano regional. Por sua vez, Venezuela já possuía uma Carta constitucional redigida tendo em vista este fim, enquanto que Brasil e Uruguai ainda conservam uma certa desconfiança em relação às adaptações constitucionais necessárias para fazer avançar a integração regional também em termos jurídicos.

Observa-se, dessa forma, que a integração do direito do MERCOSUL no ordenamento interno de cada um dos Estados membros varia de acordo com o grau de abertura das Constituições aos fenômenos de integração regional. A experiência europeia demonstra que a relação do direito comunitário com os sistemas jurídicos nacionais ocorreu por meio da progressiva transformação destes ordenamentos até o momento em que se fez premente a realização de modificações constitucionais ou mesmo a introdução de normas permissivas ou limitadoras do processo de integração³.

No caso do MERCOSUL, observa-se que deveria existir um verdadeiro compromisso político em realizar um progresso em prol de modalidades mais intensas de integrações, para somente depois iniciar uma harmonização constitucional que admita a aplicação preferencial dos instrumentos internacionais em geral, incluindo aqueles de integração regional, sobre o direito interno e, em um segundo momento, a introdução de uma espécie de “cláusula de habilitação” que permita o acesso às estruturas supranacionais⁴.

3 Observa-se que esta integração não diz mais respeito somente a legislação ordinária, pois nos ordenamentos nacionais foi sendo realizada, ao longo do tempo e sob a pressão de várias exigências, uma verdadeira *constitucionalização* (em sentido amplo) da *União Europeia nas Constituições nacionais*. A introdução da chamada “cláusula europeia” ocorreu em todas as Constituições dos 27 Estados membros, por exemplo, nos arts. 23A – 23F da Constituição da Áustria, o art. 34 daquela da Bélgica, arts. 88-1 a 88-4 da francesa, art. 23 da Lei Fundamental alemã, arts. 11, 117 e 120 da Constituição italiana, art. 10a daquela do Reino Unido e art. 93 da Carta Magna espanhola.

4 BAZÁN, Víctor. *La integración supranacional y el federalism en interacción: perspectivas y desafíos*. Anuario de derecho constitucional latinoamericano. Año XV. Montevideo, 2009, p. 639-687, p. 644.

2. O PAPEL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NA HIERARQUIA DAS FONTES

A determinação da posição hierárquica dos instrumentos internacionais perante o ordenamento interno dos Estados membros do MERCOSUL depende, principalmente, das disposições constitucionais de cada um destes com relação à hierarquia das fontes. De qualquer forma, o problema acerca do papel que o direito internacional assume ao ser incorporado mostra-se extremamente complexo, dado que define as suas relações com a legislação ordinária e com as normas constitucionais⁵. De um lado, Argentina, Paraguai e Venezuela possuem Constituições que disciplinam especificamente a posição dos tratados internacionais na hierarquia das fontes. A paisagem, todavia, muda de fisionomia no caso do Brasil e do Uruguai, em virtude não somente das carências normativo constitucionais, mas também em razão de certos critérios jurisprudenciais predominantemente adotados pelos tribunais nacionais.

A *Suprema Corte de Justicia de la Nación* da Argentina, mesmo antes da reforma constitucional de 1994, já tinha atribuído aos instrumentos internacionais uma hierarquia superior às leis nacionais, assegurando a sua aplicação prevalente, principalmente em matéria de direitos humanos⁶. Veja-se os casos *Ekmekdjian, Miguel Angel versus Sofovich, Gerardo y otros* de 7 de julho de 1992 e *Fibraca Constructora versus Comisión Técnica Mixta de Salto Grande* de 7 de julho de 1993.

No primeiro caso analisado pela *Suprema Corte*, em 1992, uma pessoa física alegava ter sido ofendida nos seus sentimentos e convicções religiosas por um apresentador de televisão que tinha pronunciado certas opiniões sobre a Virgem Maria e sobre Jesus, as quais o autor havia considerado graves. Com a finalidade de exercitar o direito de réplica, previsto no art. 14.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), o ofendido promoveu uma ação judicial, não acolhida em segunda instância, mas julgada procedente pela *Corte Suprema de Justicia de la Nación* em sede recursal⁷.

A Constituição argentina, por sua vez, foi além ao prever expressamente uma posição hierárquica constitucional a onze acordos internacionais sobre direitos humanos e também em favor daqueles que no futuro venham a ser incorporados ao ordenamento jurídico argentino. Em outras palavras, a Argentina adotou um sistema *supralegal*⁸ ao dispor

5 CONFORTI, Benedetto. *Diritto internazionale*. 8ª ed. Napoli: Scientifica, 2010, p. 318 e 335.

6 FONTOURA, Jorge. "Asimetrías Constitucionales en el MERCOSUR". Em: GOMES, Eduardo Blacchi (Ed.). *A integração regional no direito internacional: o futuro do MERCOSUL e da União Europeia*. São Paulo: LEX, 2006, p. 104-105.

7 BAZÁN, Victor. Op. cit., p. 1-7.

8 KEGEL, Patrícia Luíza; AMAL, Mohamed. "Instituições, Direito e Soberania: a efetividade jurídica nos processos de integração regional nos exemplos da União Europeia e do MERCOSUL". *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol 52, nº 1, 2009, p. 66.

no art. 75, inciso 22⁹ que aprovado o tratado internacional pelo Congresso, depois da ratificação pelo Presidente da Nação¹⁰, este goza de um *status* hierárquico intermediário, isto é, superior às normas ordinárias, mas subordinado à Constituição e que os tratados sobre direitos humanos que sejam aprovados por um terço do total de membros do Congresso Nacional, gozam de posição hierárquica constitucional.

Com relação ao Paraguai, uma resposta constitucional equivalente à argentina pode ser extraída de uma interpretação sistemática dos artigos 137¹¹ e 141¹² da Constituição paraguaia de 1992.

De fato, o art. 137, § 1º estabelece uma ordem de precedência das disposições legais que considera integrantes do direito positivo nacional. Logo após a supremacia do documento constitucional, os tratados, as convenções e os acordos internacionais aprovados pelo Congresso assumem uma posição hierárquica que se posiciona entre a Constituição e as outras leis nacionais, ou seja, obedece ao sistema *supralegal* tal como o argentino. Quanto aos tratados sobre direitos humanos, a única referência neste sentido encontra-se no dispositivo sobre a sua eventual denúncia, segundo o qual tais tratados perderiam a vigência somente após um procedimento especial que requer a aprovação por maioria qualificada do Congresso, exigência idêntica aquela requerida para o procedimento de emenda constitucional¹³.

Em sintonia com os preceitos constitucionais, a jurisprudência da *Corte Suprema de Justicia* paraguaia já havia tido oportunidade de interpretar e de expressamente declarar o valor *supralegal* de tais documentos de direito internacional¹⁴.

Por sua vez, a Constituição da Venezuela de 1999, apesar de não

9 “Art. 75.- Corresponde al Congreso: [...] 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. [...] Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

10 “Art. 99.- El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: [...] 11. Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules”.

11 “Art. 137 - De la supremacía de la constitución: La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado”.

12 “Art. 141 - De los tratados internacionales: Los tratados internacionales validamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el Artículo 137”.

13 “Art. 142 - De la denuncia de los tratados: Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de esta Constitución.”

14 Acórdãos nº 59/2001 de 20 de março de 2001 e nº 126/2002 de 19 de março de 2002.

fazer nenhuma menção acerca do papel que um tratado em geral assume no ordenamento venezuelano, prevê que aqueles sobre direitos humanos adquirem uma posição hierárquica constitucional e prevalecem no ordenamento interno na medida em que contenham normas mais favoráveis que as estabelecidas pela Constituição e pelas leis nacionais¹⁵. Prevê, ainda, que tais tratados possuem aplicabilidade imediata e direta pelos tribunais e pelos órgãos do Poder Público, evidenciando a utilização da tradição monista neste tipo de temática¹⁶. O autor sustenta que a Venezuela adota um sistema misto para a incorporação do direito internacional, pois alguns tipos de tratados obedecem a teoria monista, como aqueles sobre direitos humanos e sobre a integração regional, e outros, ao contrário, seguem a tradição dualista.

Todavia, a jurisprudência venezuelana vem interpretando tais preceitos constitucionais em um modo bastante limitado, restringindo, de certa forma, o seu alcance. Alguns polêmicos acórdãos proferidos pela *Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justicia* (n° 1013 de 12 de junho de 2001, n° 1942 de 15 de julho de 2003 e n° 1572 de 9 de dezembro de 2008) tinham a clara intenção de interpretar restritivamente o art. 23, no sentido de excluir os juízos e as opiniões de instituições ou organismos internacionais de direitos humanos do *status* equivalente ao constitucional, pois o juiz nacional, segundo o pronunciamento dos magistrados em tais processos, seria o único capaz de interpretá-los. Nestas oportunidades os juízes sustentaram que

A juicio de la Sala, dos elementos claves se desprenden del artículo 23:
1) Se trata de derechos humanos aplicables a las personas naturales; 2) Se refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los Tratados, sino sólo a normas creativas de derechos humanos.

Na realidade, este comportamento visava atingir diretamente as recomendações contidas nos informativos adotados pela Comissão Interamericana, atribuindo-lhes o caráter “não obrigatório”, assim como os acórdãos da Corte Interamericana que, para terem força executiva dentro do Estado, devem se adaptar à Constituição, em conformidade com o juízo dos magistrados nacionais¹⁷. Recordar-se que a Venezuela

15 “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”.

16 OLIVEIRA, María Fátima Pinho de. “Los tratados internacionales y sus posibles conflictos en el orden interno a luz de la constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela”. *CONHISREMI: Revista Universitaria de Investigación y Diálogo Académico*. vol 7, n° 3, 2011, p. 136-137.

17 BAZÁN, Victor. Op. cit., p. 654-655.

ratificou a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos em 1977 e reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana em 1981. Porém, em 10 de setembro de 2012 o país apresentou denúncia e, um ano depois, desligou-se legalmente da Convenção. Tal denúncia, contudo, não tem o efeito de desobrigar o Estado Parte de eventuais violações que houver cometido anteriormente à data na qual a denúncia passou a produzir efeito.

Em que pese a atual situação política da Venezuela e as pronúncias dos tribunais venezuelanos em sentido contrário aos propósitos aparentemente definidos pela Constituição, fato é que a Venezuela prevê expressamente uma disciplina nesta matéria, estabelecendo um sistema teoricamente muito receptivo aos tratados internacionais e, em especial, àqueles de direitos humanos.

Como havia sido mencionado em precedência, a paisagem muda totalmente de fisionomia quando se procede a uma análise da situação do Brasil e do Uruguai. A lacuna normativa acerca da interação dos instrumentos internacionais com o direito interno é atualmente uma questão irrefutável¹⁸ e prejudica a interpretação e a aplicação do direito por parte dos juízes nacionais que, por sua vez, não têm a disposição as ferramentas jurídicas aptas para afrontar determinadas situações de natureza internacional ou regional e acabam por utilizar os fatídicos mecanismos de direito doméstico que nem sempre são os mais adequados.

Ambos os países adotam um sistema de *legalidade*¹⁹ nas relações entre direito internacional e direito estatal. Isto significa que, em regra, qualquer que seja a norma internacional, esta não adquire um *status* diferenciado e que qualquer norma posterior ou mais específica pode derrogar aquela anterior ou mais geral, independentemente do fato de esta ser uma norma de origem nacional ou internacional.

Com efeito, o contexto constitucional do Uruguai caracteriza-se pela ausência de normas sobre a posição hierárquica dos instrumentos internacionais perante o direito interno. A doutrina é unânime no sentido de que a questão da hierarquia dos tratados no ordenamento uruguaio deve ser objeto de uma reforma constitucional capaz de superar a atual incerteza jurídica, jamais desejada nem admissível em um processo de integração²⁰.

Apesar disso, no plano jurisprudencial, a *Suprema Corte de Justicia* uruguaia já se manifestou no *Recurso de Cassación*, Ficha nº 357/989 de 20 de junho 1990, ao interpretar uma norma da Convenção Internacional do Trabalho nº 98, que “*compartir la tesis que la Ley ulterior al tratado, inconciliable con éste, supone su derogación, tesis que*

18 BAZÁN, Victor. Op. cit., p. 648.

19 KEGEL, Patrícia Luíza; AMAL, Mohamed. Op. cit., p. 66.

20 FERRAND, Martín Riso. *Derecho Constitucional*. Tomo I, 2ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 383-384; BAZÁN, Victor. Op. cit., p. 652.

[...] es unánime en la jurisprudencia de los jueces internos de todos los países.” Em outras palavras, os magistrados acolheram uma tese que, segundo eles, seria unânime na jurisprudência e na doutrina de todos os países e que admitiria a aplicação da lei nacional posterior mesmo em caso de contradição com um tratado internacional, uma vez que aceitar um comportamento diferente seria o mesmo que violar a Constituição. De acordo com a lógica decorrente da aplicação desta tese, aprovado um tratado, o Parlamento seria proibido de ditar códigos e leis que não coincidissem plenamente com aquele, bem como seria obrigado a derrogar todas as normas internas anteriores incompatíveis, situação que, do ponto de vista dos magistrados, era totalmente inadmissível.

No tocante aos tratados sobre direitos humanos, a Constituição uruguaia não é explícita, mas, indiretamente, o art. 72 estabelece que os direitos, os deveres e as garantias contidas na Carta Magna não excluem outros direitos inerentes à pessoa humana, deixando assim uma abertura para a incorporação dos tratados em matéria de direitos humanos, sem determinar, contudo, a previsão de um tratamento diferenciado como é vislumbrado nos países acima analisados.

Por fim, no Brasil, a Constituição não prevê a posição hierárquica que devem adquirir os tratados internacionais em geral quando são incorporados ao ordenamento interno. A lacuna normativa acabou deixando espaço à atuação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a qual é clara ao afirmar que a paridade hierárquica entre lei federal e tratado internacional é o critério prevalentemente utilizado, salvo específicas exceções, como o art. 98 do Código Tributário Nacional e em matéria de extradição. Estas são exceções à regra *lex posterior derogat priori* que asseguram uma posição hierárquica superior aos tratados internacionais em matéria tributária em relação às leis ordinárias. Neste contexto, deduz-se que, uma vez incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, os tratados internacionais, inclusive as normas do MERCOSUL, adquirem a natureza de lei ordinária, permitindo que sejam desaplicadas em base aos critérios da sucessão normativa, isto é, por qualquer norma nacional posterior contrária, ou da especialidade, quando uma norma específica se impõe sobre a geral.

Salienta-se que esta é uma lógica que obedece a solução acolhida por dois acórdãos pronunciados durante o período militar, os Recursos Extraordinários n° 71.154 de 1971 e n° 80.004 de 1977. No primeiro, o STF analisou a Constituição seguindo um juízo de analogia, colocando o tratado no mesmo nível da lei ordinária, isto é, de idêntica natureza, autorizando a revogação de uma lei interna para um tratado posterior. No segundo caso, afirmou-se que a lei ordinária posterior ao tratado pode alterá-lo²¹. Muito embora em um momento precedente fosse adotada a ideia de que os tratados internacionais tinham uma posição

21 FONTOURA, Jorge. Op. cit., p. 102-103.

superior em relação às leis ordinárias, a lógica de paridade hierárquica, construída e consolidada nos anos 70 por meio dos citados acórdãos, é aquela até hoje acolhida pela jurisprudência e pela doutrina brasileira.

Além disso, evidencia-se que não é prevista nenhuma distinção entre normas MERCOSUL e tratados internacionais em geral, ambos são submetidos a mesma disciplina. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal brasileiro já teve ocasião de se pronunciar sobre a incorporação e aplicabilidade de norma mercosulinas na Carta Rogatória (AgRg) nº 8.279/98, afirmando que

A recepção de acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL está sujeita à mesma disciplina constitucional que rege o processo de incorporação, à ordem positiva interna brasileira, dos tratados ou convenções internacionais em geral [...]. A Constituição brasileira não consagrou, em tema de convenções internacionais ou de tratados de integração, nem o princípio do efeito direto, nem o postulado da aplicabilidade imediata.

Apesar do que foi dito acima, parece necessário advertir que se observa um certo progresso no panorama brasileiro em relação aos instrumentos internacionais sobre direitos humanos, fundamentalmente a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004 que inaugurou uma nova fase na disciplina da incorporação dos tratados nesta matéria. Segundo o art. 5, § 3 da Constituição Federal os tratados desta natureza que sejam aprovados tanto pela Câmara quanto pelo Senado Federal, em dois turnos e por três quintos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, isto é, terão *status* de norma constitucional²². Até o momento, o único tratado de direitos humanos incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro a adquirir hierarquia equivalente ao da emenda constitucional foi a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em 2007 na cidade de Nova Iorque e ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal já afirmou, mais de uma vez (RE nº 466343/SP de 5 de junho de 2009, RE nº 349703/RS de 6 de junho de 2009 e HC nº 87585/TO de 26 de junho de 2009), que o *status* normativo *supralegal* dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele contrastante, seja esta anterior ou posterior ao ato de adesão ao tratado. Em todos os casos tratava-se de considerar ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que fosse a modalidade de depósito,

²² “Art. 5, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas *constitucionais*”.

prevista pelo art. 5º, LXVII e §§ 1º, 2º e 3º da Constituição Federal e pelas normas subalternas, em razão de uma interpretação à luz do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7).

Salienta-se que, tecnicamente, a prisão do depositário infiel não foi considerada inconstitucional pelos ministros do Supremo, passando a ser tida como ilícita (Súmula Vinculante nº 25 do STF) e descabida (Súmula 419 do STJ) porque as leis que operam esta medida coercitiva encontram-se abaixo dos tratados sobre direitos humanos e, por conseguinte, tornam-se inaplicáveis, não havendo mais base legal para prisão civil do depositário infiel.

3. O GRAU DE ABERTURA DAS CONSTITUIÇÕES AOS FENÔMENOS DE INTEGRAÇÃO REGIONAL

No tocante ao grau de abertura das constituições dos Estados membros do MERCOSUL aos fenômenos de integração regional, observa-se a latente dificuldade de alguns países em harmonizarem suas legislações com as naturais exigências de uma cooperação internacional mais estreita e estabelecida entre Estados ligados entre si por laços econômicos, políticos, sociais e culturais.

A Constituição argentina reflete a sua abertura ao externo também na política em matéria de relações internacionais e, em particular, com relação ao fenômeno da integração regional. Tanto que a própria Constituição faz uma distinção entre tratados internacionais em geral e tratados internacionais de integração regional. Com efeito, o art. 75, inciso 24 é claro ao afirmar a possibilidade de o Congresso Nacional aprovar tratados de integração que deleguem competências e jurisdição às organizações supranacionais em condições de reciprocidade e igualdade, desde que seja respeitada a ordem democrática e os direitos humanos, advertindo que tais normas assumem uma posição superior às leis²³. Por conseguinte, pode-se dizer que, em última análise, tal dispositivo prevê uma habilitação constitucional para, por exemplo, permitir a criação de um tribunal supranacional com jurisdição delegada²⁴.

23 “Art. 75.- Corresponde al Congreso: [...] 22. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo. [...]”

24 BAZÁN, Victor. Op. cit., p. 646.

Além disso, o citado dispositivo constitucional estabeleceu um tratamento privilegiado no tocante ao procedimento e às maiorias parlamentares exigidas para a aprovação dos tratados relativos à criação de blocos de integração cujos membros sejam Estados latino americanos. Neste caso, é necessário a maioria absoluta da totalidade dos membros de cada Câmara. Diversamente, para os tratados assinados com Estados terceiros, isto é, que não pertençam à América Latina, além deste requisito é exigida também uma prévia declaração de conveniência, sendo que a efetiva aprovação do tratado somente poderá ocorrer após um lapso temporal de cento e vinte dias do ato declarativo.

Sob tal perspectiva, o Paraguai prevê uma norma aparentemente análoga, mas substancialmente diversa, disposta no art. 45 da Constituição²⁵. Este dispositivo admite, em condições de reciprocidade com os outros Estados, a participação do Paraguai em uma “*orden jurídico supranacional*” que garanta o respeito aos direitos humanos, à paz, à justiça, à cooperação e ao desenvolvimento nos âmbitos políticos, econômico, social e cultural. Salienta, ainda, que as decisões tomadas em conformidade com tal ordenamento jurídico supranacional devem ser adotadas pela maioria de cada uma das Câmeras do Congresso.

Uma simples leitura revela a manifesta incongruência deste dispositivo constitucional. A primeira parte permite a eventual criação de um direito supranacional, isto é, de um ordenamento comunitário²⁶ e, por consequência, as normas de direito derivado deveriam obedecer a lógica supranacional e, portanto, terem aplicabilidade imediata e efeito direto nos sistemas jurídicos estatais²⁷. Contudo, a redação da segunda parte da norma surpreende ao exigir a necessidade da adoção de procedimentos de incorporação das decisões tomadas pelos órgãos regionais de integração para terem validade no plano interno.

Dessa forma, diferentemente da Argentina, que prevê somente a necessidade de incorporação dos tratados constitutivos de organizações internacionais regionais de caráter supranacional, a norma paraguaia estipula que também o direito que destas sejam derivados deverão ser incorporados de acordo com os procedimentos internos para fins de validade e de vigência no país.

25 “Art. 145 - *Del orden jurídico supranacional: La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice 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. Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso*”.

26 Para um estudo aprofundado sobre os elementos que compõem o fenômeno da supranacionalidade ver: MOURA, Aline Beltrame de. “Organizações Internacionais de natureza supranacional e intergovernamental: o caráter híbrido da União Europeia e a intergovernamentalidade do MERCOSUL”. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Ed.). *Organizações internacionais e seus dilemas formas e informais*. Ijuí: ed. Unijuí, 2012, p. 268-281.

27 JIMENES, Martha Lucia Olivar. “La comprensión de la noción de derecho comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur”. In: BASSO, Maristela (Ed.). *MERCOSUL: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 84-85.

É interessante notar que foi designada uma norma constitucional específica para disciplinar o funcionamento de um eventual ordenamento jurídico supranacional, separada das disposições sobre os tratados internacionais em geral. De tal fato, deduz-se o intento dos constituintes paraguaios em evidenciar a concepção autônoma ofertada as temáticas concernentes aos processos de integração regional. Muito embora não tenha sido regulamentada de modo específico a posição hierárquica que este tipo de norma possa adquirir ao ser recepcionada pelo sistema jurídico paraguaio, acredita-se que a mesma assumiria o *status* dos tratados internacionais em geral.

A abertura constitucional à integração regional é expressa também no art. 153 da Constituição da Venezuela, o qual estabelece que este Estado promoverá e favorecerá a integração latino americana e do Caribe com o escopo de criar uma comunidade de nações e, para este fim, pode celebrar tratados com a finalidade de atribuir às organizações supranacionais o exercício das competências necessárias para a realização dos processos de integração. No sentido da abertura verso a integração regional, é relevante observar que, apesar de a unidade monetária da Venezuela ser o bolívar, o art. 38 dispõe que “*En caso de que se instituya una moneda común en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de un tratado que suscriba la República.*” Além disso, o mesmo artigo salienta que as normas adotadas no âmbito dos acordos de integração serão consideradas partes integrantes do ordenamento jurídico vigente e terão aplicabilidade direta e preferencial em relação à legislação interna.

Ademais, a Venezuela possui um sistema de controle prévio de constitucionalidade dos instrumentos internacionais e isto significa que, através de um procedimento específico, se verifica a conformidade dos tratados assinados pela República com a Constituição antes que seja realizada a ratificação. Em razão disso, em teoria, não seria possível submetê-los, no futuro, a um procedimento de controle ou a uma ação de inconstitucionalidade. Assim, o estabelecimento de uma modalidade de controle prévio dos tratados parece ser uma solução interessante para os processos de integração supranacional, em virtude da promoção de uma maior segurança jurídica²⁸.

O Brasil, por sua vez, apesar de insculpir o princípio que rege as suas relações internacionais no art. 4, parágrafo único da Constituição de 1988, segundo o qual 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 faz nenhuma outra menção a este respeito ao longo da Carta constitucional.

No plano jurídico, também o Uruguai não prevê uma cláusula

28 BAZÁN, Victor. Op. cit., p. 653.

de habilitação capaz de permitir a atribuição de certas faculdades ou competências aos organismos supranacionais. Embora exista um consenso doutrinário no sentido de que o Tratado de Assunção não apresenta nenhuma incompatibilidade com a Constituição uruguaia de 1967, sobretudo em uma fase intergovernamental do MERCOSUL, não existe uma consonância absoluta de que, no caso de aprofundamento da integração e de uma eventual transferência de competências a um organismo supranacional habilitado a emitir normas de aplicabilidade direta, imediata e preferencial sobre o direito interno, o tratado seria considerado inconstitucional²⁹.

Em particular, o art. 4 da Constituição dispõe que “*La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes [...]*”. Tal enunciado induziu grande parte da doutrina a afirmar que a única alternativa para o Uruguai, em um caso hipotético de organização supranacional, seria a de realizar uma reforma constitucional com a finalidade de introduzir uma cláusula de habilitação no estilo da previsão argentina³⁰.

CONCLUSÃO

Do exposto verifica-se que um dos pontos críticos da relação entre direito do MERCOSUL e sistemas jurídicos nacionais é a posição hierárquica que o primeiro adquire quando incorporado aos últimos. Como visto, Argentina, Paraguai e Venezuela adotam um sistema que privilegia as normas MERCOSUL, chamado supralegal, posicionando-as abaixo da Constituição, mas acima das demais leis. Por sua vez, Brasil e Uruguai não preveem nenhum tratamento diferenciado, sendo a jurisprudência dos tribunais superiores a responsável por preencher tal lacuna constitucional. Segundo os magistrados brasileiros e uruguaio, os tratados internacionais em geral assumem um papel equivalente ao de uma lei ordinária, já os que versam sobre direitos humanos podem adquirir um *status* análogo ao constitucional, desde que sejam observadas determinadas condições.

Dada a disparidade de tratamento que as normas do MERCOSUL recebem no interior dos Estados membros, torna-se complicado estabelecer padrões de segurança jurídica compatíveis com os propósitos de crescimento do processo de integração. Em algumas situações, possuindo paridade com as leis ordinárias, os acordos regionais podem ser desaplicados ou revogados por qualquer lei específica ou posterior. Em outras palavras, o problema é que a falta de correspondência, ou

29 BAZÁN, Victor. *Ibíd.*, p. 651.

30 ESPIELL, Héctor Gros. “El Tratado de Asunción: una aproximación a su problemática jurídica”. *Revista de la Facultad de Derecho*, 1991, p. 16; SOÑA, Ángel Landoni. “La solución de conflictos en el MERCOSUR”. *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, vol 36, n° 54, 1994, p. 332.

melhor, a ausência de uma mínima harmonização entre as legislações nacionais pode causar uma perigosa situação de incerteza, uma vez que uma determinada norma MERCOSUL poderia vir a ser revogada em um Estado membro e se encontrar plenamente em vigor em um outro país.

No tocante à abertura constitucional aos fenômenos de integração regional, verifica-se que Argentina, Paraguai e Venezuela são dotados de dispositivos constitucionais que consentem uma maior recepção por parte dos seus sistemas jurídicos do direito emanado pelas organizações regionais, em particular do MERCOSUL. Entretanto, as primeiras duas Constituições expressamente adotam o princípio da reciprocidade, vale dizer, exclui qualquer adoção unilateral de medidas destinadas à incorporação automática das normas MERCOSUL e da sua posição hierárquica privilegiada se os outros Estados membros não procedem no mesmo sentido. Em outras palavras, estes países não utilizam tais mecanismos constitucionalmente previstos no caso em que não sejam vislumbradas reformas nas Constituições dos outros Estados, uma vez que tanto Brasil quanto Uruguai mantêm em vigor instrumentos constitucionais em dissonância com as necessidades de um verdadeiro direito da integração³¹, não prevendo nenhuma disposição concreta no sentido de favorecer o aprofundamento dos processos integracionistas dos quais participam.

Por fim, da análise dos formantes doutrinário, normativo e jurisprudencial dos países que compõem o MERCOSUL extrai-se que existe uma heterogeneidade de soluções que torna difícil o avanço do fenômeno de integração e dos propósitos enunciados pelos tratados constitutivos, talvez também em virtude da ausência de um *acquis* jurisprudencial capaz de uniformizar os preceitos jurídicos dos tribunais nacionais no tocante à aplicabilidade das normas do MERCOSUL e com relação a sua posição hierárquica no sistema das fontes. E tal situação não faz outro que corroborar a baixa taxa de incorporação das normas MERCOSUL pelos sistemas jurídicos dos Estados membros e, por consequência, a inobservância das regras destinadas a consolidar e fazer avançar este processo de integração latino americano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAZÁN, Victor. *La integración supranacional y el federalism en interacción: perspectivas y desafíos*. Anuario de derecho constitucional latinoamericano. Año XV. Montevideo, 2009, p. 639-687.

CONFORTI, Benedetto. *Diritto internazionale*. 8ª ed. Napoli: Scientifica, 2010.

DRAETTA, Ugo. *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*. 3º ed. Milano: Giuffrè, 2010.

31 KEGEL, Patrícia Luíza; AMAL, Mohamed. Op. cit., p. 66.

ESPIELL, Héctor Gros. “El Tratato de Asunción: una aproximación a su problemática juridical”. *Revista de la Facultad de Derecho*, 1991.

FERRAND, Martín Risso. *Derecho Constitucional*. Tomo I, 2ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006.

FONTOURA, Jorge. “Asimetrías Constitucionales en el MERCOSUR”. Em: GOMES, Eduardo Blacchi (Ed.). *A integração regional no direito internacional: o futuro do MERCOSUL e da União Europeia*. São Paulo: LEX, 2006, p. 104-105.

JIMENES, Martha Lucia Olivar. “La comprensión de la noción de derecho comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur”. In: BASSO, Maristela (Ed.). *MERCOSUL: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 84-85.

KEGEL, Patrícia Luíza; AMAL, Mohamed. “Instituições, Direito e Soberania: a efetividade jurídica nos processos de integração regional nos exemplos da União Europeia e do MERCOSUL”. *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol 52, nº 1, 2009.

MOURA, Aline Beltrame de. “Organizações Internacionais de natureza supranacional e intergovernamental: o caráter híbrido da União Europeia e a intergovernamentabilidade do MERCOSUL”. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Ed.). *Organizações internacionais e seus dilemas formas e informais*. Ijuí: ed. Unijuí, 2012, p. 268-281.

OLIVEIRA, María Fátima Pinho de. “Los tratados internacionales y sus posibles conflictos en el orden interno a luz de la constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela”. *CONHISREMI: Revista Universitaria de Investigación y Diálogo Académico*. vol 7, nº 3, 2011.

SOSA, Ángel Landoni. “La solución de conflictos en el MERCOSUR”. *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, vol 36, nº 54, 1994.

RESUMO BIOGRÁFICO

Aline Beltrame de Moura é Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Doutora em Direito Internacional pela Università degli Studi di Milano, Itália.