

Constituição e cooperação normativa no plano internacional: reflexões sobre o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário n. 466.343-1¹

Marcos Augusto Maliska*

Resumo

No presente texto reflete-se acerca dos argumentos lançados pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto no Recurso Extraordinário n. 466.343-1, de modo a proporcionar pequena contribuição à discussão sobre o tema. No texto não se pretensionava realizar uma análise exaustiva do assunto, mas, basicamente, realçar criticamente o entendimento de que os Tratados de Direitos

Humanos ratificados anteriormente à EC 45/2004 teriam nível supralegal, porém infraconstitucional; o efeito paralisante desses Tratados em relação à legislação infraconstitucional e a sintonia dessas compreensões com o conceito de Estado Constitucional Cooperativo. Palavras-chave: Constituição. Tratados de Direitos Humanos. Estado Constitucional Cooperativo.

* Bacharel em Direito pela UFSC (1997); Procurador Federal desde 1998; Mestre (2000) e Doutor em Direito Constitucional pela UFPR (2003), com estudos de Doutorado na Ludwig Maximilians Universität de Munique, Alemanha (2001-2003); Procurador Federal; Chefe da Procuradoria Federal na Universidade Federal do Paraná (PF-UFPR); Vice-coordenador do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil; Professor pesquisador de Direito Constitucional dos Cursos de Graduação e Pós-graduação (Especialização e Mestrado) em Direito e Relações Internacionais da UniBrasil, em Curitiba; Professor visitante de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de Francisco Beltrão (Cesul), dos Cursos de Especialização da Academia Brasileira de Direito Constitucional (Abdconst) e da Faculdade de Direito da Universidade de Wrocław, Polônia. Pesquisador Visitante do *Forschungstelle für Europäischen Verfassungsrecht* da Universidade de Bayreuth, Alemanha; Ex-bolsista do Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD), do CNPq e da Capes; membro da Associação dos ex-bolsistas da Alemanha (Aeba-PR-SC), da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD) e da Comissão de Defesa da República e da Democracia da OAB/PR; autor dos seguintes livros: *Estado e Século XXI, A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional, O Direito à Educação e a Constituição, Pluralismo Jurídico e Direito Moderno, Notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade e Introdução à Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich*; traduziu do alemão, com Elisete Antoniuk, o livro *Estado Constitucional Cooperativo*, de Peter Häberle, publicado pela Editora Renovar; possui diversos artigos publicados em revistas especializadas; Rua Padre Anchieta, 2.339, apartamento 301; 80730-000, Curitiba, PR; marcosmaliska@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

O Recurso Extraordinário n. 466.343, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, versa sobre a (in)constitucionalidade da prisão civil do devedor fiduciante em contrato de alienação fiduciária em garantia, em face do que dispõe o artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal.

A finalidade do presente texto é refletir sobre os argumentos lançados pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto, de modo a contribuir para a discussão sobre o tema. No texto não se pretende realizar análise exaustiva do assunto, mas, basicamente, realçar criticamente o entendimento de que os Tratados de Direitos Humanos ratificados anteriormente à EC 45/2004 teriam nível supralegal, porém infraconstitucional; o “efeito paralisante” desses Tratados em relação à legislação infraconstitucional e a sintonia dessas compreensões com o conceito de Estado Constitucional Cooperativo.

2 O STATUS JURÍDICO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes resgata os quatro entendimentos sobre o *status* jurídico dos Tratados de Direitos Humanos: supraconstitucional; constitucional; infraconstitucional – lei ordinária e infraconstitucional – supralegal.

Para essa análise, interessa a distinção entre o *status* constitucional e o *status* supralegal. Mendes, ainda que reconheça a interessante argumentação proposta pela tese do nível constitucional dos Tratados, desconsidera-a argumentando que a discussão em torno do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004. Segundo seu entendimento, tratou-se a Emenda Constitucional de uma

[...] declaração eloquente 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.

O entendimento do Ministro necessita ser distinguido em dois aspectos, ou seja, a dimensão material e a dimensão formal do *status* jurídico dos Tratados de Direitos Humanos. Segundo Mendes, ao tomar como ponto de partida o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que os tratados possuem hierarquia de lei ordinária, desconsidera a dimensão material de vinculação dos Tratados. Assim, sob o ponto de vista do conceito formal de Constituição (KELSEN, 2000, p. 228), o sistema jurídico nacional teria sido inovado significativamente nessa seara apenas com a Emenda Constitucional n. 45. Ainda que se possam fazer críticas quanto à desconsideração da dimensão material do *status* de vinculação dos tratados de direitos humanos, sob o ponto de vista formal, a inovação realmente ocorreu apenas com a EC 45.

Mendes advoga a tese de que os Tratados ratificados anteriormente à EC 45/2004 teriam *status* supralegal, porém infraconstitucional. Sua posição, em certo sentido, procura encontrar um meio termo entre o *status* constitucional dado pela EC 45/2004, ao inserir o parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição, e a posição majoritária firmada no Supremo Tribunal Federal, já na vigência da Constituição Federal de 1988, que reconhece o *status* infraconstitucional, de lei ordinária, aos Tratados de Direitos Humanos. Ao tentar fazer essa conciliação e estabelecer uma medida de transição, Mendes coloca-se diante de, ao menos, duas dificuldades: o não reconhecimento de que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o país já tinha uma distinção entre Tratados de Direitos Humanos e outros Tratados; a falta de sintonia com a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, que reconhece o Princípio *Tempus Regit Actum* para alçar a condição jurídica diferenciada da norma produzida sob o regime constitucional anterior.

Quanto ao primeiro aspecto, observe-se a seguinte passagem do seu voto:

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-lhe lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

Essa sua afirmação é também perfeitamente válida para o parágrafo 2º do artigo 5º. Se não existem palavras sem sentido no corpo de uma lei, o parágrafo 2º do artigo 5º, desde 5 de outubro de 1988, já conferia um *status* jurídico diferenciado aos Tratados de Direitos Humanos.

Nesse ponto, o entendimento do voto merece ser criticado, pois a desconsideração da dimensão material de vinculação dos Tratados de Direitos Humanos destoa da melhor doutrina sobre a matéria e, inclusive, afasta-se da jurisprudência do próprio STF, que reconheceu o Princípio da abertura material do catálogo de direitos fundamentais da Constituição, quando julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-7, publicada no Diário de Justiça da União, em 18 de março de 1994.

Aqui vale reproduzir as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet sobre o tema:

Importante, neste contexto, é a constatação de que o reconhecimento da diferença entre direitos formal e materialmente fundamentais traduz a ideia de que o direito constitucional brasileiro (assim como o lusitano) aderiu a certa ordem de valores e de princípios, que, por sua vez, não se encontra necessariamente na dependência do Constituinte, mas que também encontra respaldo na ideia dominante de Constituição e no senso jurídico coletivo. Apesar da viabilidade de uma incursão pela seara do direito natural, que, contudo, refoge aos limites do presente estudo, é preciso ter como certo que a construção de um conceito material de direitos fundamentais (assim como da própria Constituição) somente pode ser exitosa em se considerando a ordem de valores dominante (no sentido de consensualmente aceita pela maioria), bem como as circunstâncias sociais, políticas, econômicas e culturais de uma dada ordem constitucional. (SARLET, 2007, p. 94).

Um ponto a ser investigado que se desdobra do entendimento da dimensão material de vinculação dos direitos fundamentais diz respeito à existência ou não, no contexto da sociedade brasileira, desse “consenso” que fala Sarlet.² Por certo que esse ponto da investigação transborda os objetivos planejados para esse texto.

Quanto ao segundo aspecto, como bem lembra Paulo Ricardo Schier:

[...] o Supremo Tribunal Federal, reiteradas vezes, aplicou o *tempus regit actum* para afirmar que, observado o procedimento sob o qual foram editadas, as normas gerais de Direito Tributário seriam recepcionadas com *status* e hierarquia de Lei Complementar. Paradigmática, aqui, por exemplo, a decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 79.212, oriundo de São Paulo, julgado em 1975, com célebre discussão entre os Ministros Aliomar Baleeiro e Leito de Abreu. Na década de 1980, foi a vez do Ministro Moreira Alves, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 93.850, reiterar este entendimento do STF. Após a Constituição de 1988 o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, neste sítio, não sofreu qualquer alteração. Note-se, por exemplo, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.726, da relatoria do Ministro Maurício Corrêa. (SCHIER, 2006, p. 161).

Consta da decisão do STF na ADIN n. 1.726 que:

[...] a exigência de prévia lei complementar estabelecendo condições gerais para a instituição de fundos, como exige o artigo 165, parágrafo 9º, II, da Constituição, está suprida pela Lei n. 4.320, de 17.03.64, *recepcionada pela Constituição com status de lei complementar*.³ (SARLET, 2007, p. 150, grifo nosso).

Em seu voto, o Ministro Maurício Correia escreve:

É que até agora não tendo sido editada lei complementar que disciplina o preceito constitucional invocado, a Lei

n. 4.320, de 17 de março de 1964, que instituiu normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos da União, está recepcionada pela Constituição Federal, com *status* de lei complementar, visto que, do contrário, restaria de braços cruzados e em pânico, a administração pública, impedida que estaria de realizar as suas atividades institucionais.

O Ministro Maurício Correia está a tratar na citação anterior reproduzida do perigo de uma anomia jurídica. A questão merece reflexão no caso analisado nesse texto, pois o que está em jogo não é apenas a solução do caso da prisão civil por dívida, mas o *status* jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos já recepcionados pela República Federativa do Brasil. Nesse aspecto, em recente pronunciamento, Peter Häberle, comentando o entendimento prevaletente na Alemanha da hierarquia infraconstitucional, porém suprallegal, dos tratados, assim se manifestou:

A Alemanha, que tem uma exemplar proteção dos direitos humanos não tem a Convenção Europeia de Direitos Humanos em nível constitucional, um déficit que nós devemos reparar. (MALISKA, 2007, p. 79).

Em outro texto, Häberle (2007, p. 12) escreveu que o

Estado Constitucional Cooperativo não conhece alternativas de uma “primazia” do Direito Constitucional ou do Direito Internacional; ele considera tão seriamente o observado efeito recíproco entre as relações externas ou Direito Internacional, e a ordem constitucional interna (nacional), que partes do Direito Internacional e do direito constitucional interno crescem juntas num *todo*. Assim, também não é completamente bem lograda a ideia de caracterizar tratados internacionais de direitos humanos em relação à Lei Fundamental como direito internacional para-Constitucional (*völkerrechtliche Nebenverfassung*). A rigor, essa Constituição paralela (*Neben-Verfassung*) é

parte integrante da Constituição estatal da Lei Fundamental e, portanto, não se encontra apenas “ao lado” da Constituição.

A preocupação do Supremo Tribunal Federal em garantir o Princípio da Supremacia da Constituição é bem-vinda e deve ser mantida nas relações em que o país, cada vez mais, vem travando no plano internacional. No entanto, a questão, a saber, é se não haveria como garantir essa supremacia, dando plena eficácia ao disposto no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição, conferindo aos Tratados de Direitos Humanos já ratificados a condição de, se não formalmente fundamentais em virtude da Emenda Constitucional n. 45, por força da cláusula *tempus regit actum*, ao menos como materialmente fundamentais, uma vez pertencerem ao “corpo fundamental da Constituição.” (SARLET, 2007, p. 93).

Assim, a principal crítica ao entendimento da hierarquia suprallegal dos tratados de direitos humanos já ratificados provenha ainda do parágrafo 2º do artigo 5º, entendimento que compreenderia a mudança jurisprudencial proposta pelo Ministro Gilmar Mendes como um avanço em relação ao posicionamento anterior do STF, porém ainda não completamente adequada às possibilidades do texto constitucional.

3 O EFEITO PARALISANTE DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS EM RELAÇÃO À LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E O PROBLEMA DA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

O entendimento firmado no voto, de que os Tratados de Direitos Humanos ratificados anteriormente à EC 45 possuem *status* suprallegal, levou Mendes a sustentar o efeito paralisante que tais Tratados teriam em relação à legislação infraconstitucional:

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da pri-

são civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San 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 n. 911, de 1º de outubro de 1969.

Sustenta o Ministro que:

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

Na questão da prisão civil por dívida, o efeito paralisante provocado pelo Tratado internacional em razão de sua hierarquia supralegal produz, na prática, situação jurídica equivalente ao de uma emenda constitucional. A rigor, a prisão civil por dívida, nesses casos, está vedada, o dispositivo constitucional não possui condições de produzir efeitos jurídicos. Esse entendimento firmado no voto necessita ser analisado sob o ponto de vista da força normativa da Constituição, uma vez que ele propõe uma interpretação da Constituição conforme os Tratados, o que, por certo, retiraria da Constituição sua força normativa e a colocaria à disposição de instrumentos normativos infraconstitucionais.⁴

No caso analisado nos autos, o dispositivo constitucional, por implicar restrição da liberdade, está sujeito à reserva legal. Assim, sua eficácia jurídica depende de uma lei infraconstitucional que o regulamente. Estando o tratado acima da lei, este acabaria por paralisar os efeitos da legislação regulamentadora. No entanto, a interpretação do nível hierárquico dos tratados de direitos humanos não

deve ficar reduzida à situação casuística analisada nos autos, pois se trata de localizar no ordenamento a posição jurídica de instrumentos de proteção dos direitos humanos no plano internacional de significativa importância e de conferir o valor que o país atribui a esses instrumentos. Essa análise mais ampla, além do tema da força normativa da Constituição, implica a consideração do disposto no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição, tratado na seção anterior, bem como o efeito simbólico perante a comunidade internacional e a questão da gênese de um Estado Constitucional Cooperativo, que será trabalhado na seção seguinte.

Considerando o princípio da supremacia da Constituição, entendimento que submete os tratados à ordem constitucional interna, posição que se revela bastante adequada nessa fase de transição das ordens jurídicas nacionais, processo que se iniciou com o fenômeno da supranacionalidade e não dá mostras que esteja em fase de conclusão, ou seja, a transição de um modelo jurídico assentado na Constituição nacional para outro modelo de sustentação da democracia e dos direitos fundamentais parece improvável no curto prazo (MALISKA, 2008, p. 639), tanto os tratados com hierarquia constitucional quanto os tratados com hierarquia supralegal encontram limites na Constituição. Estes, na Constituição como um todo; aqueles, nas cláusulas pétreas.

Chama-se a atenção de que, se no caso analisado nos autos, segundo o entendimento exposto no voto, o Tratado acabou por prevalecer sobre o texto da Constituição, implicando a proibição da prisão civil por dívida, a Constituição irá prevalecer sempre quando o dispositivo constitucional tiver condições de produzir efeitos jurídicos, ou seja, não esteja sujeito à lei regulamentadora. Note-se que essa distinção é importante, pois pode afastar o país do entendimento regional acerca de alguns direitos. Como exemplo, pode-se citar o artigo 12, número 4, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que confere aos pais e tutores o direito de dar aos filhos e pupilos a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções. A Constituição Brasileira não é tão precisa

nessa questão, de modo que o tratado, nesse caso, também teria a função interpretativa não obrigatória da Constituição. Note-se que nessa hipótese o direito não estará sujeito à lei regulamentadora, ou seja, ele terá condições de produzir efeitos jurídicos por si. Aqui o efeito paralisante não tem vez, e o Tratado apenas será respeitado se o intérprete buscar uma interpretação da Constituição conforme o Tratado. No entanto, observe-se que essa interpretação não é obrigatória.

Outro exemplo, com característica diferente, encontra-se no artigo 6, número 3 da Convenção, que interpreta o conceito trabalhos forçados. Aqui há necessidade de regulamentação legal do conceito trabalhos forçados, e o Tratado poderia produzir o chamado efeito paralisante ou impeditivo da lei.

Um terceiro exemplo é encontrado no artigo 27 da Convenção, que trata da suspensão das garantias em casos de exceção constitucional. O número 2 do artigo citado não autoriza a suspensão de alguns direitos. A Constituição Brasileira não coloca limites às suspensões em caso de declaração de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira. Como o estado de exceção será regulamentado pela lei, o Tratado produzirá o efeito paralisante ou impeditivo da lei como na hipótese anterior.

Fora das hipóteses em que a Constituição possa produzir efeitos jurídicos por si, independentemente de norma regulamentadora, o entendimento do efeito paralisante ou impeditivo da lei disponibiliza a interpretação do conteúdo da Constituição ao disposto nos tratados, criando a figura da interpretação da Constituição conforme os Tratados.

Essa possibilidade de interpretação encontra sérios limites no Princípio da Supremacia da Constituição. É de difícil sustentação a ideia de que uma norma infraconstitucional possa subsistir no ordenamento jurídico em desconformidade com a Constituição. A hierarquia formal das normas coloca os Tratados com hierarquia supralegal em posição de submissão ao disposto na Constituição. Assim, questiona-se: qual seria o fundamento de validade do Tratado Internacional que proíbe a prisão civil por dívida? Note-se que o voto ao procurar fortalecer o

princípio da supremacia da Constituição acaba por enfraquecê-lo, ao submeter a Constituição a uma interpretação conforme os Tratados.

Segundo o entendimento de Mendes, os dispositivos constitucionais chamados autoaplicáveis, que independem de norma regulamentadora, sempre irão prevalecer sobre os Tratados, pois estes possuem hierarquia supralegal, porém infraconstitucional. Os dispositivos constitucionais, dependentes de norma regulamentadora, teriam a sua eficácia jurídica paralisada, tendo em vista o efeito impeditivo do Tratado em face da norma regulamentadora, ou seja, a norma constitucional não produziria eficácia jurídica tendo em vista o Tratado. Aqui caberia uma pergunta: qual seria a posição do Supremo Tribunal Federal diante de um recurso extraordinário, fundamentado com base no artigo 102, III, b, que alegasse a inconstitucionalidade do Tratado?

A recepção do Tratado com hierarquia constitucional apresentaria consequências diferentes do entendimento da hierarquia supralegal nos exemplos referidos? Quanto ao artigo 12, número 4 da Convenção, que confere aos pais e tutores o direito de dar aos filhos e pupilos a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções, esse dispositivo seria agregado ao texto da Constituição, passando a vincular a ordem jurídica nacional. Em tese, ele não afronta as cláusulas pétreas e não teria impedimentos quanto a uma possível alegação de inconstitucionalidade. O artigo 6, número 3 da Convenção, o qual interpreta o conceito trabalhos forçados, assemelha-se à situação anterior, pois o dispositivo seria incorporado ao texto da Constituição e passaria a vincular a ordem jurídica. Não há indícios de que poderia se alegar a inconstitucionalidade de tal dispositivo por violação às cláusulas pétreas.

No que diz respeito ao artigo 27 da Convenção, que trata da suspensão das garantias em casos de exceção constitucional, a vedação do número 2 desse artigo poderia ser recepcionada como cláusula mais benéfica aos direitos fundamentais e não sofrer nenhuma restrição por violação às chamadas cláusulas pétreas.

Nas hipóteses referidas, com exceção do disposto no artigo 12, número 4, no qual a hierarquia constitucional do tratado conferiria uma vinculação obrigatória do disposto no Tratado, as demais hipóteses, por serem situações que implicam norma infraconstitucional regulamentadora, a qual definirá o conteúdo do disposto na Constituição, ou seja, disciplinará o conceito trabalhos forçados ou disciplinará o funcionamento do Estado de Exceção, o efeito impeditivo do Tratado, uma vez estar no marco do disciplinado na Constituição, equivale-se à situação do Tratado com hierarquia constitucional.

A prisão civil por dívida poderia suscitar maiores dificuldades na compreensão dos Tratados com hierarquia supralegal, pois essa tese não se sustentaria na hipótese de alegação de inconstitucionalidade do Tratado. Se formalmente o Tratado está subordinado à Constituição, não há que se falar em efeito impeditivo, mas em inconstitucionalidade do Tratado. Ou o Tratado está em nível constitucional, assim a interpretação favorável a ele é dada pela maior deferência aos direitos humanos que confere o documento internacional se comparado com o texto interno, ou o Tratado está em nível infraconstitucional, sendo inconstitucional por violação ao disposto na Constituição. Aqui a regra da hierarquia tem preferência sobre a regra da aplicação mais benéfica.

A tese do efeito impeditivo somente é possível nas hipóteses de cláusulas abertas da Constituição, em que o conteúdo é dado pela legislação infraconstitucional, pois estando o tratado em hierarquia superior à da lei, o legislador ordinário estaria vinculado ao disposto no documento internacional. Quando o texto do Tratado se confronta com o texto da Constituição, está-se diante de uma inconstitucionalidade.

4 CONSTITUIÇÃO E COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Independentemente da dimensão jurídica predominantemente técnica apontada nos capítulos anteriores, o tema abordado necessita ser analisado sob o ponto de vista do conjunto da Constituição, que,

necessariamente, envolve a noção do conceito Estado Constitucional Cooperativo e o efeito simbólico, perante a comunidade internacional, do grau de vinculação dos documentos internacionais de direitos humanos no âmbito do direito interno do país.

Mendes utiliza-se dos ensinamentos de Häberle ao dizer que, hoje, vive-se em um Estado Constitucional Cooperativo, que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si, mas que se disponibiliza como referência para outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais (HÄBERLE, 2003, p. 75-77).

Inicialmente, é necessário ponderar o louvável trabalho do Ministro em buscar atualizar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de recepção dos tratados internacionais de direitos humanos. No entanto, as possibilidades do texto da Constituição Brasileira possuem um alcance bem maior do que o apresentado no voto. Nesse sentido, é importante a identificação do chamado Estado Constitucional Cooperativo na Constituição de 1988.

Uma leitura sistemática do artigo 4º da Constituição em conjunto com o artigo 1º, em especial com o inciso I, que trata da soberania nacional, aponta para um novo conceito de soberania, que deve ser atualizado e compreendido em conjunto com os demais princípios fundamentais da Constituição.⁵ Quando a Constituição dispõe que nas suas “relações internacionais a República Federativa do Brasil se rege pelos seguintes princípios”, ela quer dizer que o Brasil submete a sua soberania à prevalência dos direitos humanos, a solução pacífica dos conflitos, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e, mesmo, autoriza a integração supranacional com os países latino-americanos.⁶

O conceito de Estado Constitucional Cooperativo está presente na Constituição Brasileira, que tanto se abre para a cooperação externa quanto abandona o projeto nacional ao reconhecer o pluralismo e a diversidade como elementos intrínsecos da cultura brasileira.⁷ Portanto, a abertura entendida não apenas para fora, mas para dentro, redefine o papel do Estado.

Häberle, nesse sentido, escreve em texto pioneiro datado de 1978, que:

[...] a cooperação será, para o Estado Constitucional, uma parte de sua identidade que ele, no interesse da “transparência constitucional”, não apenas deveria praticar como, também, documentar em seus textos jurídicos, em especial nos documentos constitucionais.

Em outra parte do texto, acentua que:

[...] expressão, pressuposto e consequência da cooperação entre os Estados (constitucionais) é o desenvolvimento do Direito comum, que deve se chamar “Direito de Cooperação”. Tal Direito comum de cooperação é reconhecível entre os Estados constitucionais. O panorama tipológico mostra isso. Normas, processos e competências, objetivos e conteúdos típicos afeitos ao Direito Internacional já se adensaram aqui, amplamente, e de forma considerável: surge um efetivo “comum” em formas e normas de Direito cooperativo que a comparação constitucional deve continuar a especificar.

Por fim, arremata o autor dizendo que:

[...] a realização cooperativa dos direitos fundamentais é a tarefa do Estado constitucional (cooperativo) nas suas relações “externas” de criar, na comunidade jurídica internacional, uma medida mínima de realidade material e processual dos direitos fundamentais para “estrangeiros” e apátridas “entre si”.

No direito comparado, por exemplo, Stephan Hobe (1996, p. 141) classifica a ordem constitucional da Lei Fundamental alemã como tendente para uma abertura do Estado Constitucional para a ordem internacional. Note-se que esse mesmo autor descreve que os tratados permanecem como objeto fundamental do controle constitucional e não integram a Constituição.

Uma questão importante a ser enfrentada seria saber se a incorporação dos tratados de direitos hu-

manos como parte integrante da Constituição seria ou não uma marca significativa da abertura estatal ou do chamado Estado Constitucional Cooperativo. A resposta será em sentido positivo, ou seja, a incorporação dos tratados de direitos humanos no corpo da Constituição revela-se medida fundamental para a aferição do grau de abertura da ordem jurídica interna; é, sem dúvida alguma, um elemento identificador do chamado Estado Constitucional Cooperativo.

Note-se que na própria definição de Häberle:

[...] expressão, pressuposto e consequência da cooperação entre os Estados (constitucionais) é o desenvolvimento do Direito comum, que deve se chamar “Direito de Cooperação”, ou seja, é a realização de um direito com conteúdo comum. Ainda que os Estados Constitucionais tendam a ter em comum esses elementos fundamentais, os documentos internacionais de direitos humanos vinculam os Estados a um texto comum, alcançando aquilo que Häberle chama de “Direito de Cooperação”.

A sinalização para a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos também tem um efeito simbólico perante a comunidade internacional, de aceitação, comprometimento e integração do Estado Constitucional na ordem internacional.⁸ Citando Thurman W. Arnold, Neves (2007, p. 25) escreve que todo direito tem “[...] uma função primariamente simbólica. O ‘direito’ é concebido como uma maneira de referir-se às instituições governamentais ‘em termos ideais’, em vez de concebê-las realístico-objetivamente.”

[...] o simbólico importa uma linguagem ou discurso em que há um deslocamento do sentido para outra esfera de significações [...], o agir simbólico é conotativo à medida que ele adquire um sentido mediato e impreciso que se acrescenta ao seu significado imediato e manifesto, e prevalece em relação ao mesmo [...] (NEVES, 2007).

A partir da definição de Neves (2007), tem-se que o efeito simbólico teria importância significativa

nas hipóteses de efeito equivalente dos entendimentos dos Tratados com hierarquia supralegal ou com hierarquia constitucional. A opção pela hierarquia constitucional seria apenas “simbólica” do grau de comprometimento do país com a proteção internacional dos direitos humanos. Nessa hipótese, em que os efeitos jurídicos são idênticos, pois o Tratado acaba por intervir com eficácia na ordem jurídica interna, a escolha da hierarquia constitucional não se diferenciaria da hierarquia supralegal. No entanto, note-se

que, em outras hipóteses, nas quais a hierarquia constitucional implicasse proibição de vinculação dos Tratados à ordem jurídica constitucional, e não apenas complementação, regulamentação, como a tese do efeito paralisante sustenta, o efeito instrumental⁹ prevaleceria sobre o simbólico¹⁰, ou seja, na hipótese de o tratado contrariar as cláusulas pétreas da Constituição sem possibilidade de interpretação mais benéfica, haveria a prevalência do Princípio da Supremacia da Constituição para afastar a incidência do Tratado.

Constitution and normative cooperation in the international level. Reflections on Minister Gilmar Mendes' vote on Extraordinary Appeal number 466.343-1

Abstract

This text is a reflection on the arguments used by Brazilian Supreme Court Minister Gilmar Mendes in his vote on Extraordinary Appeal number 466.343-1, as a small contribution to the discussion of the theme. The text doesn't intend to be an exhaustive analysis of the matter, but, instead, it basically critically highlights the position that the human rights treaties ratified by Brazil before the enactment of Constitutional Amendment number 45/2004 would have status above ordinary law but below the Constitution and examines the “immobilizing effect” of these treaties in relation to infraconstitutional legislation and the harmony of these comprehensions with the concept of a cooperative constitutional state.

Keywords: Constitution. Human Rights Treaties. Cooperative Constitutional State.

Notas explicativas

¹ Texto produzido como atividade de Pesquisa Acadêmica realizada no Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da *UniBrasil* (Nupe-Const), em Curitiba.

² A questão é complexa. À título exemplificativo, no texto *Cidadania na encruzilhada*, José Murilo de Carvalho relata pesquisa baseada em amostra representativa da população da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, na qual se tentou avaliar a cultura política brasileira, segundo os parâmetros de três versões clássicas da tradição democrática ocidental: o conceito liberal de cidadania como titularidade de direitos, na qual só há lugar para o indivíduo e seus interesses, ficando de fora a virtude cívica; o conceito republicano clássico ou do humanismo cívico, cujas origens remonta a Cícero e que passa por Maquiavel e Montesquieu e chega a Hannah Arendt, que enfatiza a *res publica*, mesmo que isso exija o sacrifício do interesse individual; e a visão comunitária, que participa de características da segunda (republicana), mas não se confunde com ela e compreende a cidadania em uma perspectiva que vem de Aristóteles e tem sua formulação moderna em Rousseau e Comte, entendendo-a como sentimento de pertencimento a uma comunidade política. Segundo o autor, “[...] a pesquisa buscou detectar na cultura política brasileira indicadores das três tradições. O resultado, que corrobora e aprofunda o que já fora revelado por outras pesquisas de opinião e por estudos que utilizaram outros tipos de evidência, foi negativo. Nossa cultura política, não parece enquadrar-se em nenhuma das versões que marcaram a tradição ocidental.” CARVALHO, José Murilo. *A cidadania na encruzilhada*. In: NOVAES, Adauto (Org.). *A crise do Estado Nação*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

³ Note-se que, nesse aspecto, Sarlet comunga do entendimento de Mendes, afirmando que “é pelo menos questionável o entendimento – por mais sedutor que seja – de que por força da EC 45/04 todos os tratados em matéria de direitos humanos incorporados ao sistema jurídico brasileiro possam ser considerados como equivalentes às emendas constitucionais, já que não há como aplicar neste caso o argumento da recepção quando se trata de procedimentos legislativos distintos, ainda que haja compatibilidade material [...]” SARLET (2007, p. 150).

- ⁴ Ver, entre outros: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 14.
- ⁵ Sobre as transformações no conceito de soberania estatal, ver: DI FABIO, Udo. *Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. p. 89.
- ⁶ Sobre esse tema, ver: MALISKA, Marcos Augusto. O Estado Constitucional em face da cooperação regional e global. In: *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*. Curitiba, n. 6, jan./dez. 2006. p. 105. MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e Século XXI*. A integração supranacional sob a ótica do direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ⁷ Ver: MALISKA, Marcos Augusto. A cooperação internacional para os direitos humanos entre o direito constitucional e o direito internacional. Desafios ao Estado Constitucional Cooperativo. In: *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC)*. Londrina: IDCC, p. 61, 2005. MALISKA, Marcos Augusto. Análise da constitucionalidade das cotas para negros em universidades públicas. In: DUARTE PIZA, Evandro C.; BERTULIO, Dora Lúcia de Lima; BAPTISTA DA SILVA, Paulo Vinícius. (Org.). *Cotas raciais no Ensino Superior*. Entre o jurídico e o político. Curitiba: Juruá, 2008.
- ⁸ Note-se a importante advertência que faz Marcelo Neves quanto ao uso abusivo e sem maiores preocupações com seu conteúdo da expressão “simbólico”. NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. In: BARRETO LIMA, Martônio Mont’Alverne; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. *Democracia, Direito e Política*: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 508.
- ⁹ Sobre a distinção entre ação instrumental e simbólica, ver: NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p 22-23. Ao citar Gusfield, escreve que essa distinção é “similar à diferença entre discurso denotativo e conotativo. Na denotação, há uma conexão relativamente clara entre expressão e conteúdo; na ação instrumental, similarmente, um direcionamento da conduta para fins fixos. Na conotação, a linguagem é mais ambígua; o agir simbólico é conotativo à medida que ele adquire um sentido mediato e impreciso que se acrescenta ao seu significado imediato e manifesto e prevalece em relação a esse.”
- ¹⁰ Merece nota a possibilidade de outro entendimento sobre o “simbólico” dessa questão, em sentido bem diferente do aqui colocado. Trata-se da situação de efeito simbólico não perante a comunidade internacional, mas perante a própria Constituição e sua força normativa, pois com um discurso baseado no Princípio da Supremacia da Constituição, esta estaria sendo submetida aos Tratados.

REFERÊNCIAS

BARRETO LIMA, Martônio Mont’Alverne; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Org.). **Democracia, Direito e Política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

DI FABIO, Udo. **Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

DUARTE PIZA, Evandro C.; BERTULIO, Dora Lúcia de Lima; BAPTISTA DA SILVA, Paulo Vinícius (Org.). **Cotas raciais no Ensino Superior**. Entre o jurídico e o político. Curitiba: Juruá, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Tradução Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HOBE, Stephan. **Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz**. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Viena: Verlag Österreich, 2000.

MALISKA, Marcos Augusto. O Estado Constitucional em face da cooperação regional e global. In: **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**. Curitiba, n. 6, p. 105, jan./dez. 2006.

_____. Estado Constitucional Cooperativo, Democracia e Parlamento em Instituições supranacionais e intergovernamentais. Entrevista com Peter Häberle. In: **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, n. 7, p. 79, 2007.

_____. **Estado e Século XXI**. A integração supranacional sob a ótica do direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Die Supranationalität in Mercosul. Die Übertragung von Hoheitsrechten und das Problem der demokratischen Legitimität. In: **Jahrbuch des öffentlichen Rechts**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 639. v. 56.

_____. A cooperação internacional para os direitos humanos entre o direito constitucional e o direito internacional. Desafios ao Estado Constitucional Cooperativo. In: **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC)**. Londrina: IDCC, p. 61, 2005.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2007.

NOVAES, Adauto (Org.). **A crise do Estado Nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e EC 45 – tese em favor da incidência do tempus regit actum. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 14., 2006, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 161.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Recebido em 4 de fevereiro de 2009

Aceito em 9 de abril de 2009

