

# A REFORMA CONSTITUCIONAL E O MERCOSUL

Alessandra Machado Brandão Teixeira\*

## Sumário

1. Introdução.
2. A necessidade de reforma da Constituição.
3. O Mercosul na Constituição brasileira de 1988.
4. Implementação constitucional do Mercosul.
  - 4.1. As alterações constitucionais necessárias.
  - 4.2. A reforma constitucional.
  - 4.3. A emenda constitucional ou a convocação de nova Assembléia Constituinte.
5. Conclusão.
6. Bibliografia.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição escrita representa um triunfo do constitucionalismo democrático. É uma concretização da aspiração de segurança jurídica nas relações entre o poder político e o povo, consagrando o poder político como soberano. A adoção de uma constituição escrita denota também uma garantia para os cidadãos de que o poder político está devidamente limitado por princípios rígidos dispostos em uma carta política, deles emanada.

Atualmente, a sociedade está vivenciando uma série de mutações rápidas e fluidas em todos os seus setores, fenômeno que termina por inaugurar uma

\* Mestranda em Direito Tributário na Faculdade de Direito da UFMG.

nova realidade constitucional, por vezes diversa do direito constitucional encartado nos princípios e proposições jurídicas contidos nas Constituições escritas e rígidas.

A globalização é um dos fenômeno que tem acarretado mudanças nas Constituições escritas dos Estados, principalmente tratando-se dos processos de integração econômica, que algumas vezes os levam a alterar seus textos com o objetivo de se adaptarem às novas regras da comunidade em que estão inseridos.

Entretanto, essas mudanças no texto legal, em função do processo de integração, por vezes chocam-se com princípios insculpidos na própria Constituição, tornando-se necessária uma análise profunda desses aspectos.

Nesse contexto, faz-se necessário um estudo a respeito da reforma constitucional, com vistas aos limites dos poderes do constituinte originário e derivado, sendo esse o objeto do presente trabalho, que buscará enfocar principalmente a questão da necessidade de se efetuarem reformas constitucionais em razão da ordem jurídica comunitária do Mercosul, especificamente no que tange à aplicabilidade direta e à primazia das regras comunitárias.

## 2 A NECESSIDADE DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO

Considerando o fenômeno jurídico de reforma constitucional, primeiramente procura-se estabelecer em que contexto político ela se torna necessária. À luz desse enfoque, deve-se analisar a problemática das normas jurídicas decorrentes dos tratados internacionais, ou seja, deve-se verificar em que medida torna-se necessária uma reforma constitucional em razão do Mercosul, principalmente no que se relaciona à aplicabilidade direta e à primazia das regras comunitárias.

Os juristas que se dedicam ao estudo do Direito Constitucional aceitam, como também afirmam, que as sociedades modernas convivem com uma Constituição legal e uma real, a primeira correspondendo àquelas disposições articuladas em um documento determinado, e a segunda estabelecida pelos fenômenos sociais, políticos e econômicos que conduzem certa sociedade, independentemente de sua Constituição escrita ou legal. Esses fenômenos são responsáveis

pelo processo de mudança das *Cartas Magnas*, uma vez que uma Constituição somente pode corresponder à realidade política do momento de sua criação. As mudanças experimentadas pela sociedade são muito rápidas e fluidas, o que não ocorre e nem mesmo deveria ocorrer com as transformações sofridas pelos institutos jurídicos constitucionais, sob pena de se comprometer o princípio da segurança jurídica, que é o seu requisito primordial.

*Ferdinand Lassalle*, em genial conferência proferida em 1862, formulou um estudo a respeito da constituição real e escrita e, considerando-se a sabedoria que emana de suas palavras, vale transcrevê-las:

“Todos esses fatos e precedentes, todos esses princípios de direito público, esses pergaminhos, esses foros, estatutos e privilégios reunidos formavam a Constituição do país, sem que todos eles, por sua vez, fizessem outra coisa que exprimir, de um modo simples e sincero, os fatores reais do poder que regiam o país.

Assim, pois, todos os países possuem ou possuíram sempre e em todos os momentos da sua história uma Constituição real e verdadeira. A diferença nos tempos modernos – e isto não deve ficar esquecido, pois tem muitíssima importância – não são as constituições reais e efetivas, mas sim as constituições escritas nas folhas de papel.

De fato, na maioria dos Estados modernos, vemos aparecer, num determinado momento da sua história, uma Constituição escrita, cuja missão é a de estabelecer documentalmente, numa folha de papel, todas as instituições e princípios do governo vigente.”<sup>1</sup>

Apesar do tom aparentemente crítico do discurso proferido, esses aportamentos não devem ser interpretados no sentido de negar a existência de uma Constituição escrita, ou de se abandonarem os princípios do estado constitucional, uma vez que estes se rendem aos fatores reais de poder. A interpretação mais acertada juridicamente e que melhor contribuiria para o estudo do Direito

<sup>1</sup> A essência da Constituição, p. 49.

Constitucional seria uma interpretação realista, que compreendesse e admitisse que os fatores reais de poder convivem e sempre conviverão com uma Constituição escrita. Esta não deve ser encarada pejorativamente como um “pedaço de papel”, mas como um meio hábil de comunicação entre os fatores reais de poder e os direitos fundamentais dos cidadãos, sob a forma de um compromisso assumido entre os detentores e os destinatários do poder, que representa para ambos uma garantia.

Considerando as constatações de *Lassalle*, *Karl Loewenstein* formula as seguintes proposições:

*“Ahora bien, volviendo la mirada hacia la constitución del Estado liberal, democrático y con una estructura pluralista, se observa que aun la mejor constitución – esto es, aquella que goza del mayor consenso y que há sido elaborada de la forma más cuidadosa – es tan sólo un compromiso, no pudiendo ser, además, otra cosa. La constitución presenta la situación de equilibrio temporal entre las fuerzas sociales que participan en su nacimiento, tal como están ‘representadas’ a través de los partidos políticos. Los grupos que participan en el acto de creación constitucional se esfuerzan, a través de una mutua acomodación de sus intereses, por conseguir un equilibrio aceptable para todos ellos, y que presente el máximo acercamiento entre la constitución real y legal, tal como fue formulado por Lassalle en su famosa conferencia de 1862 sobre la esencia de la constitución, o, como se podría también decir, que muestre una concordancia entre la estructura social y legal. Por otra parte, es necesario tener en cuenta que esa identidad ideal no pueda ser nunca alcanzada. Una constitución ‘ideal’ no ha existido, jamás existirá. No es tan sólo el hecho de que una constitución no pueda adaptarse nunca plenamente a las tensiones internas, en constante cambio, de las fuerzas políticas y de los intereses pluralistas, sino que no existe ningún ‘tipo ideal’ de constitución que pueda encajar por igual en todos los Estados. Las diferentes naciones se encuentran en el momento de otorgarse una constitución en diferentes estados desarrollo, u sus individualidades nacionales están demasiado diferenciadas para que pueda darse un modelo constitucional aplicable a todas por igual. Y es esta multiplicidad*

*la que produce esa dificultad metódica de una teoría general de la constitución, así como también su inesgotable incentivo.”<sup>2</sup>*

Assim, de acordo com os ensinamentos acima transcritos, não há uma Constituição que corresponda plenamente às tensões internas de cada Estado. Esta discrepança entre as situações sociais à margem de constitucionalização e as devidamente constitucionalizadas é que impulsionará o processo de mudança constitucional, ou seja, quando certo fato social se torna demasiado importante no contexto em que está inserido, deverá ocorrer a sua constitucionalização, ainda que em outras circunstâncias esse fenômeno não se tenha mostrado necessário.

Esse fato pode ser perfeitamente exemplificado pelas normas relativas ao processo de integração dos países do Cone Sul. Quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, o processo de integração econômica denominado Mercosul não tinha assumido o contexto social, econômico e político de agora; tampouco existia formalmente, ainda que seja fruto de tentativas anteriores de integração, por isso, a Constituição Federal de 1988 não traz em seu bojo dispositivos expressos relativos especificamente ao processo integracionista. Além disso, o momento político de sua criação foi marcado por uma preocupação acentuada com a diminuição e a regulamentação do poder do Presidente da República, uma vez que o Brasil acabava de passar por um período ditatorial. Todavia, tendo em vista a relevância desse empreendimento político, mister se faz uma reforma constitucional para que as relações dele derivadas adquiram maior eficácia no âmbito do sistema constitucional brasileiro, que não permite que se instaure verdadeiramente uma ordem jurídica comunitária no Mercosul.

### 3 O MERCOSUL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

O Protocolo de Ouro Preto, que integra o Tratado de Assunção, contém dispositivos que disciplinam a aplicabilidade das normas comunitárias no direito interno dos países-membros do Mercosul, determinando o seguinte:

<sup>2</sup> *Teoría de la Constitución*, p. 163-164.

## Capítulo IV

### “Aplicação Interna das Normas Emanadas dos Órgãos do Mercosul”

Art. 38. Os Estados-Partes comprometem-se a adotar todas as medidas necessárias para assegurar, em seus respectivos territórios, o cumprimento das normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstos no art. 2 deste Protocolo.

Parágrafo único. Os Estados-Partes informarão à Secretaria Administrativa do Mercosul as medidas adotadas para esse fim.

## Capítulo V

### Fontes Jurídicas do Mercosul

Art. 41. As fontes jurídicas do Mercosul são:

I – O Tratado de Assunção, seus protocolos e os instrumentos adicionais ou complementares;

II – Os acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção e seus protocolos;

III – As Decisões do Conselho do Mercado Comum, as Resoluções do Grupo Mercado Comum e as Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul adotadas desde a entrada em vigor do Tratado de Assunção.

Art. 42. As normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstos no Artigo 2 deste Protocolo *terão caráter obrigatório e deverão, quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos pela legislação de cada país.*” (Grifos no original)

Analizando apenas o texto das normas comunitárias que regulamentam o relacionamento entre o direito internacional e o direito interno, pode-se concluir que elas teriam aplicabilidade imediata no âmbito interno de cada país-membro do Mercosul. Entretanto, no caso do Brasil, ao se confrontarem as normas

constitucionais internas e as decorrentes do Tratado de Assunção, detecta-se que entre elas existe um enorme conflito.<sup>3</sup>

*Celso D. de Albuquerque Mello*, no que tange ao direito brasileiro, a esse respeito afirma:

“No Brasil a situação é caótica, vez que não existe qualquer dispositivo que regulamente as relações entre as normas internacionais e as normas

3 O mesmo não acontece quando se trata da Argentina e do Paraguai, países que efetuaram reformas constitucionais com o escopo de que as normas comunitárias oriundas do Mercosul tivessem aplicabilidade imediata em seus territórios. *Deisy de Freitas Lima Ventura* relata a reforma constitucional efetuada na Argentina em 1994, consubstanciando em importantes observações: “Resta clara, portanto, a preocupação dos legisladores argentinos em possibilitar a recepção da regra comunitária no ordenamento jurídico nacional, que podemos sintetizar em dois aspectos:

a) Há referência à *supraestatalidad*, certamente uma expressão análoga à supranacionalidade. Não parece possível interpretação que refute a admissão, pela ordem argentina, de um direito *supranacional*. Entretanto, é preciso destacar a obrigatoriedade da observância de dois princípios, impostos pela Constituição: *reciprocidade* e *igualdade*. Parece seguro que se trata de uma salvaguarda de soberania, pois pela reciprocidade se condiciona a *delegação de competência e jurisdição* à atitude idêntica por parte dos demais membros da organização em tela. Por outro lado, via exigência da *igualdade*, pressupõe-se um sistema equânime de tomada de decisões.

b) Existe uma nítida hierarquia de regras: a norma *dita em consequência* – leia-se em consequência da aprovação de tratados que deleguem competência ou jurisdição a organismo *supraestatal* – situa-se entre a Constituição e as leis, inferior à primeira e superior às segundas. Resta saber se a expressão *ditadas em consequência* refere-se aos ditames dos próprios tratados constitutivos ou, o que parece mais lógico, compreende o direito derivado, pelo que se poderia falar em aplicação direta de certas normas comunitárias. Claro está que constituem uma distinta ordem, superior, atribuída pela Constituição, aos tratados de integração, eis que o art. 31 da mesma Carta, inalterado pela reforma de 94, prescreve outra ordem hierárquica para os tratados em geral.

A Constituição Nacional da República do Paraguai, de 20 de junho de 1992, é a única, entre os países-membros do Mercosul, que se refere literalmente à admissão de uma *ordem jurídica supranacional*. É também o país que dedica o maior número de artigos às relações exteriores. A Constituição da República Oriental do Uruguai não contém, assim como a Carta brasileira, menção à supranacionalidade ou à ordem jurídica comunitária, tampouco definição de hierarquia normativa entre regras internacionais e nacionais” (VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *A ordem jurídica do Mercosul*, p. 66-73).

internas. Só existe o § 2º do art. 5 que incorpora ao direito nacional os direitos humanos consagrados em tratados que tenham sido ratificados. Por outro lado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é digna do século XIX e copia a norte-americana sem levar em conta os ‘cuidados’ que os tribunais dos EUA têm nesta matéria.”<sup>4</sup>

A Constituição Federal de 1988, contrariando uma tendência das atuais constituições modernas, foi omissa quanto à regulamentação das relações entre o direito interno e o direito internacional, sendo considerada por alguns autores como a grande omissão, tratando-se de questões internacionais.

No que tange ao direito internacional, a Constituição Federal de 1988 estabelece o seguinte:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

.....

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I – independência nacional;

II – prevalência dos direitos humanos;

III – autodeterminação dos povos;

IV – não-intervenção;

V – igualdade entre os Estados;

VI – defesa da paz;

VII – solução pacífica dos conflitos;

VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X – concessão de asilo político.

4 *Direito internacional da integração*, p. 317.

Parágrafo único. 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 destacado no original.)

Pelo confronto das normas constitucionais internas e as oriundas do Protocolo de Ouro Preto e as da Constituição brasileira, pode-se concluir que há uma autorização constitucional para que sejam celebrados acordos visando à integração econômica, política, social e cultural da América Latina. Entretanto, pelo texto constitucional, não se pode concluir inequivocamente de que forma essa integração se implementaria, se guardando respeito aos princípios clássicos da soberania ou se envolvendo a possibilidade de integração em organismos supranacionais.

Tendo em vista essa omissão, deve-se buscar as proposições jurídicas que procuram interpretá-lo. Entretanto, estas divergem com relação ao alcance do parágrafo único do art. 4º c./c. com o art. 1º, ambos da Constituição Federal.

*Celso Ribeiro Bastos, Cláudio Finkelstein e Ramos Pereira*, ao responderem a respeito de como harmonizar a norma programática do art. 4º, parágrafo único, da Constituição Federal com a soberania e a independência nacionais (arts. 1º e 4º, I, da CF/88), assim se manifestaram:

“O caminho estabelecido no parágrafo único do art. 4º da Constituição Federal tem seu consubstanciamento no Mercosul. Este é o processo de integração e formação de uma comunidade supranacional mais concreto de que o Brasil faz parte e sob o qual estão fundados a expectativa e as esperanças do Estado no que tange à representatividade internacional e inserção em mercado de bloco.

Não nos parece que os princípios da autodeterminação e da independência nacional constituam-se óbices à consolidação da plena inserção brasileira no Mercosul. É certo, todavia, que, da forma em que se encontra estruturada a ordem jurídica interna, um procedimento local é necessário para incorporar as normas comunitárias ao Direito pátrio e que, em algumas áreas, sua recepção não se opera automaticamente e nem poderá ser recepcionada sem que haja a necessária regulamentação e a adoção de medidas administrativas para dar vigência à norma.

De qualquer maneira, não nos parece que haverá tipo de afronta à soberania da Nação-Membro de qualquer mercado de bloco. A definição originária de soberania, assim como definida por *Jean Bodin*, já vivenciou mudanças e desenvolveu-se a ponto de ser adaptada às necessidades hodiernas. Num primeiro estágio, o detentor da soberania era o rei e, entre outras características, esta era definida pela perpetualidade e por não ter limites.

A primeira evolução do princípio da soberania já lhe impôs limites. O poder não mais emanava do rei, mas sim do povo, e os limites eram aqueles inseridos na Carta Magna do Estado que o monarca representava. Outras características foram-se perdendo com o tempo e com a maior interação de Nações soberanas e de seus cidadãos.

No presente, existe uma compartilhação das soberanias dos Estados-Membros de um mercado de bloco. A soberania compartilhada exprime um desejo e um anseio dos Estados-Membros e a parte desta, cedida a um órgão supranacional, reflete as vontades soberanas das Nações. A integração regional, indubitavelmente, traz benefícios e, inerentemente algum ônus que também é compartilhado.”<sup>5</sup>

*Maristela Basso e Angela Teresa Gobbi*, profundas estudiosas do Mercosul, compartilham do entendimento de que o conceito clássico de soberania, tendo em vista os processos de integração, deve ser revisto, uma vez que a soberania passa a ser exercida de forma compartilhada pelos Estados-Membros do bloco. Atualmente considerada, não há uma perda de soberania e sim um acréscimo de competência, exercida conjuntamente por todos que buscam compartilhar mercados. Tratando-se das normas constitucionais insculpidas nos arts. 4º, parágrafo único, e 1º, I, as autoras se manifestam no seguinte sentido:

<sup>5</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; FINKELSTEIN, Cláudio e PEREIRA, Luís César Ramos. Tributação no Mercosul. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) *Tributação no Mercosul*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997, p.113-114 *apud Pesquisas Tributárias*. Nova Série, n. 3.

“Por outro lado, existem aqueles que sustentam que a norma do parágrafo único do art. 4º é meramente programática, destituída de sentido concreto. A eles perguntamos: como poderia isso ocorrer se tratando de disposição que aparece expressamente colocada na parte inicial da Carta Fundamental, no Título dedicado aos *princípios fundamentais*? E por que teria o Constituinte de 1988 colocado essa disposição que não consta nas Constituições anteriores?

A Constituição, documento máximo de um Estado, como se sabe, não contém palavras inúteis, supérfluas, e seus princípios devem ser interpretados de forma harmônica a fim de se afastarem (possíveis) contradições. Essa é a função do jurista: encontrar afinidade, sintonia e unicidade, mesmo onde, à primeira vista, possa existir contradição. Somente assim os objetivos fixados pela Constituição serão atingidos e estará assegurado o seu cumprimento.

Sustentar que a referência constitucional, contida no referido parágrafo único do art. 4º, propõe a criação de uma associação latino-americana de tipo clássico, ou seja, uma organização internacional de cooperação econômica, não prospera frente a sua obviedade desnecessária. A interpretação que nos cabe fazer de tal dispositivo deve ser a mais corajosa e voltada aos tempos atuais. É evidente que o legislador constituinte deixou bem clara sua intenção ao empregar o termo técnico – integração –, cujo significado é bastante preciso no sistema jurídico contemporâneo.”<sup>6</sup>

*Deisy de Freitas Lima Ventura*, interpretando o art. 4º, parágrafo único, da Constituição Federal, se vale do entendimento de *Pedro Dallari*, amudando sua opinião:

“*Pedro Dallari* oferece interpretação mais exata, do ponto de vista técnico, referindo a ausência de outros mecanismos constitucionais capazes

<sup>6</sup> BASSO, Maristela e ESTRELLA, Angela Teresa Gobbi. Reflexões sobre o Mercosul e o sistema tributário nacional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) *Tributação no Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.412/413, *apud Pesquisas Tributárias*. Nova Série, n. 3.

de dar sentido concreto a tal regra programática. Percebe tal dispositivo como permissivo da *incorporação ao sistema jurídico* de regras que assegurem tratamento diferenciado às pessoas e produtos originários dos Estados latino-americanos, ressaltando que não se cogita constitucionalmente da transferência de soberania para organizações supranacionais. Portanto, não se pode falar em aplicabilidade direta ou primazia de regras comunitárias.”<sup>7</sup>

Contudo, parece mais acertada a corrente doutrinária que interpreta o parágrafo único do art. 4º como uma opção consciente do constituinte originário no sentido de adotar a *possibilidade* de integração em organismos supranacionais. Cumpre esclarecer que os juristas que defendem essa corrente não adotam o entendimento de que as normas comunitárias teriam aplicabilidade imediata e prevaleceriam sobre as regras pertencentes ao ordenamento jurídico interno, mas que tal circunstância poderia vir a ocorrer tendo em vista que a Constituição Federal lançou a *pedra fundamental para a criação da comunidade latino-americana*,<sup>8</sup> representando esse artigo claramente a *porta aberta que permitirá a integração do Brasil na marcha desenvolvimentista da região Cone Sul*.<sup>9</sup>

A adoção desse posicionamento se funda no pensamento de *Loewenstein*, no sentido de que uma Constituição deve ser interpretada considerando o momento de sua criação e, àquela época, as relações internacionais advindas do Mercosul não tinham assumido a proporção atual. O texto constitucional é óbvio no sentido de permitir que o Brasil se insira no processo de integração latino-americana, pensamento condizente com o contexto político relativo à integração daquele momento. É certo que reformas deverão ser efetuadas no texto constitucional, com o objetivo que melhor efetivar o direito comunitário oriundo do Mercosul, previsto pelo legislador constituinte originário no art. 4º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988.

7 *Op. cit.*, p. 63.

8 BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. cit.*, p. 113.

9 BASSO, Maristela. *Op. cit.*, p. 413.

## 4 IMPLEMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO MERCOSUL

### 4.1 As alterações constitucionais necessárias

A menção à *integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina* efetuada pela Constituição Federal de 1988 é importante à medida que consagra a vontade do legislador constituinte originário de que o Brasil se insira no processo de integração.

Ocorre que o referido enunciado torna-se inócuo se não for acompanhado por outros dispositivos constitucionais, bem como infraconstitucionais, que regulamentem a matéria. Para que o Mercosul se transforme verdadeiramente em uma comunidade internacional, torna-se necessária uma revisão constitucional. *Paulo Borba Casella* aborda com consciência essa questão:

“A criação e implementação de mercado comum e a inserção de determinado Estado e seu ordenamento jurídico institucional, nesse contexto integrado, exigem ajustes e adaptações, que vão das *constituições à legislação ordinária*, até a divisão das competências legislativas e jurisdicionais e atribuições administrativas. Foi politicamente penoso e intelectualmente controvértido, na Europa, conciliar a existência e atuação desses órgãos supranacionais e o papel dos Estados nacionais, com seus tradicionais corolários, a soberania, a ordem pública, as leis de aplicação necessária, a proteção da livre concorrência, do meio ambiente ou do consumidor. Centenas de batalhas judiciais foram travadas, como ilustra a jurisprudência do Tribunal Europeu, em torno dessa delimitação de competências, ou ‘território de ação’, *e.g.*, a primazia do direito comunitário, a irreversibilidade da transferência de competências aos órgãos supranacionais, o princípio da subsidiariedade.”<sup>10</sup>

Mas todas as barreiras supra-individualizadas foram transpostas pelos países-membros da União Européia em nome do desenvolvimento, principalmente econômico, de todos. Esse exemplo deve ser sempre lembrado

10 *Mercosul: exigências e perspectivas*, p. 65-66.

pelos Estados-Membros do Mercosul, no sentido de que é possível alavancar o processo de desenvolvimento da América Latina por meio da integração econômica.

Para que se estabeleçam os limites da revisão constitucional a se realizar, deve-se delimitar precisamente quais são os enunciados do ordenamento jurídico interno que necessitam sofrer alterações. *Jorge Miranda*, analisando os efeitos do Tratado de Maastricht sobre a Constituição portuguesa, individualizou quais seriam os preceitos constitucionais passíveis de alteração. Assim procedeu o constitucionalista português:

“9. Entre nós, quais os preceitos constitucionais que haviam de ser modificados para efeito de ratificação?

Conforme dissemos em debates públicos, em artigos na imprensa e em audição perante a comissão eventual de revisão da Assembléia da República, eram os arts. 7º, 15º, 105º, 164º e 229º:

- o art. 7º, visto que o n. 5, introduzido em 1989, como se viu, se apresentava de alcance demasiado genérico para cobrir as exigências específicas de Maastricht;
- o art. 15º, porque a relevância constitucional adquirida pelo Parlamento Europeu obrigava à consagração da correspondente capacidade eleitoral dos estrangeiros;
- o art. 105º, em virtude do exclusivo da emissão de moeda que atribuía ao Banco de Portugal;
- o art. 164º, para se contemplar a competência comunitária da Assembléia da República (até agora só constante de lei);
- o art. 229º, para, por seu turno, se prever a participação das regiões autônomas na definição e na execução de políticas comunitárias, homóloga da participação na negociação dos tratados internacionais que diretamente a elas digam respeito (alínea s) do n. 1).

Poderia ainda haver vantagem, mas não necessidade, de rever outros preceitos como o art. 108º (sobre elaboração do orçamento), o art. 122º (so-

bre a publicação no *Diário da República* de normas comunitárias) e o art. 200º (sobre competência política do Governo).”<sup>11</sup>

E entre nós, tratando-se do direito brasileiro, o que deverá ser mudado na Constituição Federal de 1988 em razão do Mercosul? Principalmente, no que concerne ao Mercosul, devem ser implementadas reformas constitucionais que viabilizem a sua institucionalização. *Paulo Borba Casella* identifica esta como a tarefa primordial do processo de integração:

“Justamente a tarefa que se coloca para o Mercosul é a de determinação de sua estrutura institucional definitiva, combinada com sua plena implementação, onde se possa alcançar o necessário equilíbrio entre a institucionalização do processo de integração e consolidação do espaço economicamente integrado, ao mesmo tempo que sejam atendidas as necessidades e reduzidas iniquidades do sistema interno brasileiro, para que possamos conseguir desenvolvimento e paz social, simultaneamente assegurando a otimização de nossa inserção no contexto internacional.”<sup>12</sup>

No que se refere especificamente ao texto constitucional, devem ser alterados, a princípio, os seguintes artigos:

1. Os arts. 22, 23 e 24, que são encarados como impeditivos da participação brasileira num órgão internacional emissor de normativas e regulamentos comuns, à medida que os citados artigos determinam as competências legislativas das unidades federativas e não mencionam possibilidade de sua delegação.<sup>13</sup>

11 MIRANDA, Jorge. *O Tratado de Maastricht e a Constituição Portuguesa – A União Européia na encruzilhada*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 52-53.

12 CASELLA. *Op. cit.*, p. 286.

13 VENTURA. *Op. cit.*, p. 65. A autora em referência relata o entendimento de *Luiz Olavo Baptista* a respeito dos arts. 22, 23 e 24 da Constituição Federal. O referido autor sustenta que tais artigos são cláusulas pétreas, não podendo, portanto, ser modificados por meio de emenda constitucional, sendo necessário que o poder constituinte originário se manifeste a respeito de qualquer alteração concernente à delegação quando se trata deles.

2. Os títulos sobre organização do Estado e a Ordem Econômica revelam uma Constituição disfuncional em face dos objetivos listados no Tratado de Assunção, mormente no que tange à livre circulação de bens, serviços e fatores de produção no território econômico comum aos quatro países-membros.

3. O art. 151, III, é passível de interpretação no sentido de que os tratados internacionais não podem estabelecer isenções relativas a tributos cujas competências impositivas pertençam aos Estados e Municípios, ainda que os tratados sejam celebrados pela República Federativa do Brasil, e não pela União, e visem à implantação do Mercosul.

Dentre os artigos considerados, esses são os principais, ainda que outros específicos de determinadas matérias também devem ser revisados, a fim de que possa haver uma interpretação harmônica da Constituição Federal, quando restará claro que esta abarca uma possibilidade ampla de integração latino-americana, em todos os setores.

#### 4.2 A reforma constitucional

Pela análise formulada, pode-se comprovar que a Constituição Federal de 1988 deve ser objeto de uma reforma constitucional, tendo em vista a implantação do Mercosul. Segundo o entendimento de *J. J. Gomes Canotilho* e *Vital Moreira*, “a Constituição pode precisar de alterações que permitam acorrer às deficiências nela manifestadas e às transformações entretanto operadas na realidade constitucional.”<sup>14</sup>

*Loewenstein* faz uma importante consideração acerca das circunstâncias que ditam a necessidade de uma reforma constitucional, após advertir que esse procedimento somente pode ocorrer quando se trata de constituições escritas. Tendo em vista a sua sabedoria, cumpre transcrever suas palavras:

“Volviendo ahora al problema propiamente dicho de la reforma constitucional, que solamente surge en las constituciones escritas, lo primero

14 *Fundamentos da Constituição*, p. 293.

que habría que preguntar es bajo qué circunstancias es necesaria o es motivada dicha reforma. No es posible establecer aquí criterios generales. En primer lugar, las modificaciones que experimentan las relaciones sociales, económicas o políticas son las responsables de que una norma constitucional, que parecía razonable y suficiente en el momento de crear la constitución, haya perdido su capacidad funcional y tenga que ser, por lo tanto, completada, eliminada o acoplada de alguna otra manera a las nuevas exigencias en interés de un desarrollo sin fricciones del proceso político. Pero de una casuística no se puede deducir, teórico-constitucionalmente, una lista de categorías generales sobre la causalidad de la reforma constitucional.”<sup>15</sup>

Parece-nos que o fenômeno narrado ocorreu com o já citado art. 4º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, à medida que este perdeu a sua capacidade funcional de regulamentar, de uma maneira inequívoca, a integração latino-americana, devendo, pois, ser completado. Quando um dispositivo constitucional perde sua eficácia, ou seja, se afasta da realidade constitucional, o Direito Constitucional possui meios jurídicos hábeis para acomodá-lo (direito constitucional e realidade constitucional), que denominado pela teoria geral do Estado como reforma constitucional e mutação constitucional.

Segundo o abalizado entendimento de *Loewenstein*, a reforma constitucional pressupõe uma mudança no texto constitucional, sendo resultado de um processo de emenda constitucional. “En el proceso de reforma constitucional participan de una forma determinada los detentadores del poder previstos por la constitución misma para este caso.” No caso da mutação constitucional, se produz uma transformação na realidade configuradora do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses, sem que o texto constitucional seja alterado, permanecendo intacto.

O Prof. *Raul Machado Horta* adota terminologia diversa da exposta, conceituando os termos *reforma*, *emenda* e *revisão* da seguinte maneira:

15 *Op. cit.*, p. 170.

“A revisão constitucional encarada como técnica de mudança na Constituição não goza de preferência na terminologia do Direito Constitucional brasileiro. O poder de reforma constitucional ou o poder constituinte derivado tem recebido no constitucionalismo brasileiro a designação de *reforma*, adotada na Constituição Monárquica de 1824 (art. 174) e na Constituição Republicana de 1891 (art. 90) e de *emenda* nas Constituições Federais de 1934 (art. 178, § 1º, a, b), de 1946 (art. 127), de 1967 (art. 50) e de 1988 (art. 60). A Carta de 1937, não obstante destacar no Título *Das Emendas à Constituição*, na regulação do processo de reforma adotou, indistintamente, os termos emenda, modificação ou reforma, dando-lhes sentido equivalente (art. 174), em solução reveladora do relativismo terminológico do documento outorgado.”<sup>16</sup>

Independentemente da terminologia adotada, há um consenso de que a reforma constitucional está limitada pelo próprio ordenamento jurídico constitucional. Objetivando uma melhor abordagem didática do tema das limitações à revisão constitucional, deve-se estabelecer uma distinção entre o que vem a ser poder constituinte originário e derivado, uma vez que o Direito Constitucional brasileiro entende ser cabível a reforma constitucional tratando-se do poder constituinte originário,<sup>17</sup> o que se dá até por razões óbvias e lógicas, como se verá a seguir.

Adotando o entendimento de *Carl Schmitt*, o poder constituinte originário, ou simplesmente poder constituinte, pode ser entendido da seguinte forma:

*“Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional. Las*

16 *Estudos de direito constitucional*, p. 89.

17 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 175. O Prof. Paulo Bonavides é categórico ao afirmar que o poder de reforma constitucional é exercitado pelo poder constituinte derivado e que por sua própria natureza é limitado, contido num quadro de limitações explícitas e implícitas, decorrentes da Constituição, a cujos princípios se sujeita, em seu exercício, o órgão revisor.

*decisiones, como más, son cualitativamente distintas de las normaciones legal-constitucionales establecidas sobre su base.*

*Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un Ser político, acerca del modo y forma del propio Ser. La palabra ‘voluntad’ denuncia – en contraste con toda dependencia respecto de una justicia normativa o abstracta – lo esencialmente existencial de este fundamento de validez.”<sup>18</sup>*

Assim, o autor adota o entendimento de que o poder constituinte representa “uma vontade política”, que corresponde a uma decisão conjunta sobre o modo e a forma da própria existência política do Estado. Esses fatores são os que diferem o poder constituinte originário do poder constituinte derivado.

Pertinente, ainda, o entendimento de *Carl Schmitt* a respeito da distinção entre poder constituinte originário e derivado:

*“Permanencia del Poder constituyente. El Poder constituyente se ejercita mediante el acto de la decisión política fundamental. La ejecución y formulación de ésta puede abandonarse a encargados especiales, por ejemplo, a una llamada Asamblea nacional constituyente. También puede existir, a base de las norma legal-constitucionales así surgidas, un dispositivo legal-constitucional para ‘reformas’ o ‘revisiones’ de leyes constitucionales. Pero el Poder constituyente mismo debe ser distinguido de éstas. No es susceptible de traspaso, enajenación, absorción o consunción. Le queda siempre la posibilidad de seguir existiendo, y se encuentra al mismo tiempo y por encima de toda Constitución, derivada de él, y de toda determinación legal-constitucional, válida en el marco de esta Constitución.”<sup>19</sup>*

18 *Teoría de la Constitución*, p. 93/94. Ainda na opinião de Schmitt, o poder constituinte é unitário e indivisível. Não é um poder, mas está coordenado com outros distintos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário). É a base que abarca todos os outros poderes e as separações de poderes.

19 *Op. cit.*, p. 108.

Entre nós, *José Afonso da Silva* adota uma distinção entre o que seja o poder constituinte originário e derivado, que não se afasta da adotada por *Carl Schmitt*:

“A Constituição, como se vê, conferiu ao *Congresso Nacional* a competência para elaborar emendas a ela. Deu-se, assim, a um órgão *constituinte* o poder de emendar a Constituição. Por isso se lhe dá a denominação de poder constituinte *instituído* ou *constituído*. Por outro lado, como esse seu poder não lhe pertence por natureza, primariamente, mas, ao contrário, deriva de outro (isto é, do poder constituinte originário), é que também se lhe reserva o nome de poder constituinte derivado, embora pareça mais acertado falar em *competência constituinte derivada* ou *constituinte de segundo grau*. Trata-se de um problema de técnica constitucional, já que seria muito complicado ter que convocar o constituinte originário todas as vezes em que fosse necessário emendar a Constituição. Por isso, o próprio poder constituinte originário, ao estabelecer a Constituição Federal, instituiu um *poder constituinte reformador*, ou *poder de reforma constitucional*, ou *poder de emenda constitucional*.<sup>20</sup>”<sup>20</sup>

Cumpre esclarecer que o poder de revisão exercido pelo constituinte derivado é inerente à constituição rígida e se destina a modificá-la segundo o que nela se estabelece. Em verdade, o poder constituinte de revisão tem por objetivo permitir a mudança da Constituição, ou seja, a adaptação da Constituição a novas necessidades, novos impulsos, novas forças, sem que para tanto seja preciso recorrer à revolução, sem que seja preciso recorrer ao poder constituinte originário. Este alerta já foi feito por *Loewenstein*, quando ele afirma ser a revisão constitucional um instrumento do direito constitucional que visa acomodar a constituição à realidade constitucional.

Entretanto, esse poder constituinte derivado, de reforma da Magna Carta, não pode ser exercido sem limites, em razão do fato de que a própria Constituição determina quais são os requisitos a serem obedecidos para que a reforma

constitucional se efetive validamente por meio de emendas. Cabe ao Poder Judiciário controlar a constitucionalidade das emendas constitucionais, podendo declará-las contrárias à Constituição, portanto, inconstitucionais e nulas.

#### 4.2.1 Limitações ao poder de reforma constitucional

No que tange a esta matéria, *Kelsen* formula importantes observações, considerando a estabilidade e a segurança jurídica que devem emanar de uma Constituição escrita.

“Como a constituição é a base da ordem jurídica nacional, às vezes mostra-se desejável dar-lhe um caráter mais estável que o das leis ordinárias. Portanto, uma mudança na constituição torna-se mais difícil do que a decretação ou a emenda de leis ordinárias. Tal constituição é chamada constituição rígida, estacionária ou inelástica, em contraposição a uma constituição flexível, móvel ou elástica, que pode ser alterada do mesmo modo que as leis ordinárias. A constituição original de um Estado é o trabalho dos fundadores do Estado. Se o Estado for criado de um modo democrático, a primeira constituição origina-se de uma assembléia constituinte, do que os franceses chamam *une constituante*. Às vezes, qualquer modificação na constituição está fora da competência do órgão legislativo instituído pela constituição, e é reservada a tal *constituante*, um órgão especial competente apenas para emendas constitucionais. Nesse caso, é costume fazer uma distinção entre um poder constituinte e um poder legislativo, cada qual sendo exercido de acordo com procedimentos diferentes. O recurso de que se lança mão com mais freqüência para dificultar as emendas constitucionais é o de exigir uma maioria qualificada (dois terços ou três quartos) e um *quorum* (o número dos membros do corpo legislativo com competência para negociar) maior que o usual. Às vezes, a modificação tem de ser decidida por diversas vezes antes de adquirir força de lei. Em um Estado federal, qualquer mudança na constituição federal pode ter de ser aprovada pelas legislaturas de um determinado número de Estados-Membros. E ainda existem outros métodos. É até mesmo possível que qualquer emenda à constituição seja proibida;

20 *Curso de direito constitucional positivo*, p. 67.

e, na verdade, algumas constituições históricas declaram certos dispositivos da constituição, ou a sua totalidade dentro de um determinado espaço de tempo, como não passíveis de emendas.”<sup>21</sup>

Há um consenso na doutrina nacional e na estrangeira a respeito dos limites ao poder de reforma constitucional. Os autores, quase à unanimidade, classificam as limitações do poder de reforma em três grupos: *as temporais*, *as circunstanciais* e *as materiais*. Estas últimas são classificadas por alguns como *explícitas* e *implícitas*.

Segundo *José Afonso da Silva*,<sup>22</sup> “as limitações temporais não são comumente encontráveis na história constitucional brasileira. A Constituição de Portugal declara que pode ser revista decorridos cinco anos sobre a data da publicação de qualquer lei de revisão (art. 284)”.

As próprias Constituições estabelecem que certas matérias não poderão ser objeto de emendas constitucionais às quais dá-se o nome de cláusulas pétreas, que somente podem ser modificadas por meio do poder constituinte originário. Essas limitações são de ordem material.

A respeito da Constituição Federal de 1988, no que tange às limitações materiais ao poder de reforma constitucional, o Prof. *Raul Machado Horta* formula a seguinte proposição jurídica: “As limitações do § 4º do art. 60 da Constituição são limitações materiais explícitas, assim configuradas na sede da norma constitucional. Essas limitações não exaurem as linhas da demarcação intransponível pelo poder de emenda e de revisão.”<sup>23</sup>

Na opinião de *José Afonso da Silva*, quanto às limitações materiais explícitas

“compreende-se facilmente que o constituinte originário poderá, expressamente, excluir determinadas matérias ou conteúdos da incidência do poder de reforma. As constituições brasileiras republicanas sempre conservaram um núcleo imodificável, preservando a Federação e a República.

21 *Teoria geral do direito e do estado*, p. 253.

22 *Op. cit.*, p. 68-69.

23 *Op. cit.*, p. 95.

A atual Constituição já não veda emenda tendente a abolir a República, embora inscreva a forma republicana como um princípio constitucional a ser assegurado e observado (art. 34, VII, a). A Constituição, como dissemos antes, ampliou o núcleo explicitamente imodificável na via da emenda, definindo no art. 60, § 4º, que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto secreto e universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais.

Quanto às limitações materiais implícitas ou inerentes, a doutrina brasileira as vinha admitindo,<sup>24</sup> em termos que foram bem expostos por Nelson de Sousa Sampaio. Há, no entanto, uma tendência a ampliar as hipóteses de limitações materiais expressas que, por certo, têm a consequência de não mais reconhecer-se a possibilidade de limitações materiais implícitas.”<sup>25</sup>

À luz desses conceitos constitucionais, cumpre analisar se as reformas a serem operadas, tendo em vista os objetivos propostos pelo Mercosul, podem ser efetivadas por meio de emendas constitucionais ou se apenas pela convocação de uma nova assembléia constituinte.

#### 4.3 A emenda constitucional ou a convocação de nova Assembléia Constituinte

A Constituição Portuguesa, quando da implementação da União Europeia, vivenciou as mesmas questões relativas ao Tratado de Maastricht, podendo ser traçado um paralelo com o Tratado de Assunção e a Constituição da

24 O Prof. *Raul Machado Horta* a respeito das limitações materiais implícitas observa: “As limitações materiais explícitas se desdobram nas limitações implícitas mediante a revelação de ilações que decorrem das limitações materiais. A interpretação da proposta de emenda tendente a abolir não se detém na emenda frontal, grosseira, rombuda, aleijão jurídico escandaloso, para abranger na sua eficácia proibitória a proposta oblíqua, indireta, sinuosa, capaz, pelos seus efeitos nocivos, de incorrer no comprometimento da irreformabilidade e na virtual abolição da regra e do princípio protegidos pela intangibilidade.”

25 *Op. cit.*, p. 68-70.

República Federativa do Brasil de 1988. *Jorge Miranda* elaborou um profundo estudo a respeito desse processo de mudança constitucional em função da integração, considerando que o ocorrido em Portugal se assemelha ao que vem ocorrendo no Brasil. Cumpre colacionar o pensamento do referido autor para que se tenha uma idéia do seu raciocínio, tendo em vista a resolução dessas controvérsias.

Em primeiro lugar, faz um relato a respeito da situação constitucional de Portugal anteriormente à sua adesão à integração.

“2. O texto originário da Constituição não fazia nenhuma referência à Europa e às Comunidades.

Produto de um compromisso complexo (apesar de o seu princípio primordial ser, inequivocamente, a democracia representativa fundada nos direitos e liberdades fundamentais) e feita logo a seguir ao termo do ‘ciclo do império’, é marcada por preocupações (*maxime* no art. 7º) de ‘independência nacional’, ao mesmo tempo que preconiza a dissolução dos blocos político-militares e que enfatiza a cooperação com os países de língua portuguesa.

Por isso e, ainda mais, em face de determinadas normas da organização econômica (entendida como possuindo caráter coletivista), não faltaram vozes a sustentar a incompatibilidade entre a Constituição e o Tratado de Roma (se bem que, em certos casos, ela fosse invocada para, em nome da Constituição, se impugnar a adesão às Comunidades e, outras vezes, se tratasse de, em nome dessa adesão, se pôr em causa a nova ordem constitucional).

Nunca foi esse, porém, o meu pensamento. Por um lado, sempre separei forma e conteúdo dos preceitos constitucionais e sempre vi a Constituição económica como de uma economia pluralista ou mista; por outro lado, o Tratado de Roma não devia ser lido como puro texto liberal à século XIX, esquecendo-se, por exemplo, a política agrícola e a política regional nele prevista ou por ele propiciada. *Quanto à ‘independência nacional’ ela não devia identificar-se com ‘soberania’ numa acepção jurídico-formal; devia, antes, ser tomada como capacidade de prossecução de interesses nacionais, o que não excluiria formas de integração*

*internacional, observados indispensáveis requisitos de igualdade*”<sup>26</sup> (Grifos no original).

Pelo texto transcrito pode-se comprovar que Portugal passava pelas mesmas indagações constitucionais a respeito da União Européia que os Estados-Membros do Mercosul vêm passando atualmente. Cumpre ressaltar a conclusão formulada por *Jorge Miranda* no que tange à interpretação que deve ser dada aos termos “soberania” e “independência nacional”: o respeito e a busca pelos interesses nacionais não exclui a integração internacional, que seria uma forma destes, desde que obedecidos os requisitos de igualdade.

Após analisar as revisões constitucionais ocorridas em Portugal em função da integração internacional, o professor português formula a indagação feita não somente lá como também nos demais países comunitários: “As alterações da Constituição para permitir a ratificação do tratado se situam ainda no domínio do poder de revisão ou se não envolvem já exercício de um verdadeiro poder constituinte?” A presente indagação foi assim respondida:

“Ao contrário do que há cerca de um ano parecia, não está traçado um caminho único e irreversível. São diversos os modos e os ritmos possíveis de consecução das metas aí estabelecidas e, mesmo no tocante às formas de inserção dos Estados na União, abre-se uma relativa margem de flexibilidade (ponto é que os Estados, principalmente aqueles que têm vertentes específicas de política externa como Portugal, a saibam aproveitar).

*Sendo correcto este prisma, torna-se plausível encarar as modificações constitucionais levadas a cabo em vários países europeus por causa de Maastricht – na Irlanda, na França, na Espanha, em Portugal – como enquadráveis ainda, embora no limite, no âmbito de um poder de revisão.* De resto, acrescente-se, o consenso quanto à necessidade de se fazerem alterações constitucionais antes da ratificação do Tratado envolve o reconhecimento do primado das Constituições. Se o Tratado valesse (ou va-

26 *Op. cit.*, p. 46-47.

lesse desde logo) como base de um novo e superior Direito, ele vincularia os Estados e entraria em vigor independentemente disso e, depois, seriam as normas constitucionais desconformes que seriam tidas por ineficazes ou revogadas; ora, não foi isso que se verificou.”<sup>27</sup> (Grifos meus).

Considerando que a situação constitucional demonstrada se amolda perfeitamente à mesma questão brasileira tendo em vista o Mercosul, pode-se concluir que, tratando-se do direito constitucional brasileiro, as alterações podem ser efetivadas pela via da revisão, não se tornando necessária a convocação de uma assembléia nacional constituinte para esse fim, uma vez que tais modificações não afrontam nenhuma cláusula pétreas da Constituição Federal, a inviabilizar a efetivação das emendas constitucionais.

Há que se mencionar ainda que alguns autores como *Luiz Olavo Baptista e Deisy de Freitas Lima Ventura* acreditam que, em virtude dos arts. 22, 23 e 24 da Constituição Federal de 1988, o Brasil não poderia participar de um órgão internacional que emita normativas e regulamentos comuns. Isso porque os referidos dispositivos disciplinam as competências legislativas das unidades federativas e não mencionam possibilidade de delegação, além de não poderem ser alterados pela via da emenda constitucional, pois consistem em cláusulas pétreas.

Ocorre que não há delegação de competência legislativa no sentido jurídico do termo *delegação*. Delegar, segundo o Direito Administrativo, consiste em atribuir competência para que a autoridade inferior exerça certo ato administrativo, cuja competência pertença a autoridade superior. Afirma *Hely Lopes Meirelles*:

“A delegação de competência tem caráter facultativo e transitório, apoiando-se em razões de oportunidade e conveniência e na capacidade do delegado de exercer a contento as atribuições conferidas, de modo que o delegante pode sempre retomar a competência e atribuí-la a outrem ou exercê-la pessoalmente.

27 *Op. cit.*, p. 51-52.

Observamos, finalmente, que só é delegável a competência para a prática de atos e decisões administrativas, não o sendo para o exercício de atos de natureza política, como são a proposta orçamentária, a sanção e o voto. Também não se transfere por delegação o poder de tributar.”<sup>28</sup> (Grifos nossos.)

Assim, pode-se comprovar que a questão relativa à eficácia do direito comunitário no ordenamento jurídico brasileiro não perpassa pela impossibilidade de delegação de competência legislativa, segundo os arts. 22, 23 e 24 da Constituição Federal de 1988, mas sim pelas questões constitucionais relacionadas à “soberania” e à “independência nacional”.

A respeito da questão relativa à competência privativa do Presidente da República para a celebração de acordos internacionais e a competência do Congresso Nacional para “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art. 49 da CF/88), pertinentes as observações de *Hamilton Dias de Souza*:

“Como devem ser sistematicamente interpretados os dispositivos constitucionais supra referidos (art. 84, VIII, da CF/88 e art. 49 da CF/88), a fim de evitar aparentes conflitos entre ambas as normas de competência?

O supramencionado art. 84, VIII, da CF/88 atribui competência privativa ao Presidente da República para celebrar quaisquer acordos internacionais (tratados, convenções e atos), sujeitando-os, porém, ao referendo do Congresso Nacional. Este, ao deles tomar conhecimento, poderá aprová-los, em bloco ou não, por meio de Decreto-Legislativo (art. 59, VI, da CF/88). Não poderá, entretanto, modificá-lo, emendá-lo, ou referendá-lo apenas em parte, pois tais atos refogem à competência que lhe foi constitucionalmente atribuída.

28 *Direito administrativo brasileiro*, p. 644.

Diversa é a competência privativa do Congresso Nacional para resolver definitivamente sobre tratados que acarretem ônus ao patrimônio nacional (inciso I do art. 49). Nesse caso específico e excepcional, o Presidente da República absolutamente não delibera a respeito, não será mais que verdadeiro auxiliar do Congresso Nacional, embora se possa considerar que haja até sua iniciativa no tocante ao encaminhamento da matéria. Portanto, não haverá ato presidencial válido enquanto não houver manifestação soberana do órgão investido de competência para a efetiva apreciação da matéria: o Congresso Nacional.

É claro, em face do que se expôs, que os tratados de comércio não se incluem no âmbito de competência excepcional e exclusiva do Congresso Nacional, mas sim no campo atribuído para deliberação do Presidente da República.

Desse modo, os acordos internacionais ratificados pelo Congresso Nacional valem plenamente no plano interno e internacional, não se lhes aplicando as regras constitucionais que supõem a possibilidade de interferência do Parlamento quando da tramitação do projeto legislativo respectivo.”<sup>29</sup>

Por meio das proposições jurídicas transcritas pode-se comprovar, ainda que por um outro enfoque, que não se trata de delegação de competência legislativa vedada constitucionalmente, o que termina por inviabilizar o processo de reforma constitucional, mas sim de interpretar corretamente a distribuição constitucional de competência.

29 Limites de alteração tarifária frente ao Mercosul e ao GATT (OMC). *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 6, p. 141, 2<sup>a</sup> quinzena de março de 1996. Neste mesmo artigo o autor afirma o seguinte: “Ainda no respeitante ao tema, vale acentuar que não pode lei interna alguma contrariar o que se contém em tratado internacional fundado no dispositivo ora em comento (parágrafo único do art. 4º da CF/88), sob pena de inconstitucionalidade. E, ressalte-se, não se trata de dar às normas do tratado hierarquia igual à das demais leis ordinárias. Trata-se, sim, de entendê-las como normas de sobredireito, que não podem ser contrariadas pela legislação interna e que serão respeitadas pela que lhes sobrevenha.”

## 5 CONCLUSÃO

O art. 60 da Constituição Federal estabelece:

“A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II – do Presidente da República;

III – de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição Federal não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

O dispositivo constitucional transcrito disciplina a emenda constitucional, ou seja, o exercício do poder constituinte derivado, que deve se ater aos limites impostos pela própria Constituição vigente. Assim, as matérias que não estão arroladas no art. 60 da Constituição Federal podem ser objeto de emenda constitucional.

Considerando as emendas constitucionais que devem ser propostas em virtude do Mercosul, deve-se analisar se a matéria delas está contida no art. 60 da Carta Magna. Há um consenso de que a curto prazo o Mercosul deve possuir uma estrutura institucional com o objetivo de que suas normas tenham eficácia plena. As palavras de *Marta Mitico Valente* são oportunas:

“A supranacionalidade, entendemos é condição *sine qua non* do êxito de uma tentativa integracionista. Oportuno lembrar dos precedentes de nossos modelos europeu e andino, onde a supranacionalidade se exprime através de instituições comunitárias, com personalidade jurídica diversa da dos Estados-Membros e com atribuições próprias e distintas daquelas conferidas aos órgãos internos. É a estabilidade, a definitividade, se se pode assim dizer, e no espírito do Tratado de Assunção, a que se deve pretender chegar.

Para tanto, deverão os Estados-partes renunciar parte de sua soberania, como o fazem quando ingressam em uma organização internacional, ou mesmo quando assumiram o compromisso de implantar o Mercosul. Os órgãos comunitários, por sua vez, deverão dispor de meios para fazer cumprir suas determinações. O simples fato de tais determinações vincularem um Estado pouco ou nada significa, pois bem sabemos que compromissos oriundos de acordos internacionais são a todo momento descumpridos, sem que nenhuma sanção possa ser imposta a não ser à força ou à animosidade nas relações interestatais. A coercitividade, que tanto se critica ser ausente das regras de Direito Internacional, é imprescindível às normas comunitárias.

As normas de Direito Comunitário devem gozar, repetimos, de aplicabilidade imediata, inserindo-se no ordenamento jurídico dos Estados-Membros de forma inobjetável por estes. Não se trata obviamente de fazer do Mercosul um corpo estranho aos Estados que o integram ou que pressões internas prevaleçam sobre os interesses comunitários.”<sup>30</sup>

30 Estrutura institucional para o Mercosul. *Boletim de Integração Latino-Americana*, n. 10, Notas, p. 85.

Nesse contexto deve-se responder à indagação: Para que se implementem as medidas necessárias à instituição do Mercosul faz-se necessária uma reforma constitucional através de emenda, ou seria necessária a convocação de uma nova assembléia constituinte? À esteira do pensamento de vários doutrinadores, principalmente *Jorge Miranda*, cujo entendimento a esse respeito expusemos anteriormente, não seria necessária a convocação de uma nova assembléia constituinte, podendo as referidas medidas ser operacionalizadas por emendas constitucionais, uma vez que a criação de instituições que iriam tratar das questões relativas ao Mercosul, bem como o compartilhamento de soberania voltado à eficácia imediata das normas comunitárias, não feriria as cláusulas pétreas insculpidas na Constituição Federal brasileira. Além disso, deve-se considerar que a Constituição da República Federativa do Brasil traz em seu bojo a possibilidade de o País promover a integração latino-americana. Sábia a lição de *Marta Mitico Valente* a esse respeito, quando ressalta a importância de serem criadas instituições democráticas que terão por objetivo cumprir os preceitos estabelecidos pela nossa Lei Maior:

“Em se pretendendo, enfim, que o Mercosul se torne de fato um mercado comum, indo além da zona de livre comércio – união aduaneira que se pretende constituir com o Tratado de Assunção – deve-se dotá-lo de instituições próprias, democráticas, perenes e com suficiente competência para tratar das questões que lhe são diretamente pertinentes. Nesse contexto, instituições que sirvam apenas a governos, ou que reconheçam tão somente a personalidade jurídica dos Estados, em detrimento dos particulares, fogem ao espírito democrático de nossa Constituição Federal, que consagra, entre seus princípios maiores, a formação de uma comunidade latino-americana de nações.”<sup>31</sup>

Certo é que o Mercosul necessita dar um passo à frente em relação ao estágio de integração no qual presentemente se encontra e, para que isso ocorra,

31 *Op. cit.*, p. 86.

torna-se urgente uma reforma constitucional, que pode ser operacionalizada por meio de emendas constitucionais. *Alberto do Amaral Júnior* fez um importante alerta a esse respeito:

“O processo de revisão constitucional no Brasil terá, com certeza, extraordinária importância para a facilitação ou para a criação de obstáculos para a plena efetivação do Mercosul. A ênfase exclusiva nas prioridades de caráter doméstico, sem atentar para o processo de integração ao qual o Brasil se acha inserido, pode produzir efeitos indesejáveis para a consolidação do Mercado Comum.”<sup>32</sup>

A questão legislativa relativa ao Mercosul vem assumindo um caráter relevante nos últimos tempos; os estudos acadêmicos a esse respeito vêm conduzindo à necessidade de se proceder à reforma constitucional com o objetivo de real implantação do Mercosul. Muitos avanços já se realizaram, o que demonstra a autenticidade da vontade política dos quatro países-membros a respeito da integração, embora muito reste ainda a ser feito, principalmente no que se refere à adoção de medidas comuns.

Muitos projetos de reformas constitucionais, de vários setores, tramitam na Congresso Nacional, contemplando reformas estruturais em diversos sistemas nacionais com vistas ao Mercosul. Exemplo desse fenômeno é o projeto de reforma tributária que, dentre outros dispositivos, contém alguns voltados à implementação do Mercosul. Também não se percebe a existência de propostas de reformas, leis ou demais atos normativos que contenham dispositivos contrários à integração, muito embora a situação político-econômica dos Estados-Membros exija medidas aparentemente contrárias.

A questão legislativa relativa ao Mercosul tem sido cada vez mais debatida na sociedade civil e vem sendo veiculada pelos meios de comunicação conforme notícia publicada na *Gazeta Mercantil* de 24/9/1997, que ao narrar a visita que o Ministro da Justiça da Argentina, Raul Granillo Ocampo, fez ao Brasil, encerra a matéria com a seguinte mensagem:

<sup>32</sup> Mercosul: questões políticas e institucionais. *Boletim de Integração Latino-Americana* n. 13, p. 8.

“Os advogados que conhecem as complexidades da legislação brasileira hão de encarar com ceticismo essa possibilidade de harmonização e também não pomas em dúvida a complexidade do objetivo. Mas é preciso lembrar que há poucos anos também se encarava com ceticismo o próprio sucesso do Mercosul na área comercial e econômica. Vale destacar que muitas barreiras e obstáculos já foram vencidos, e a chamada união aduaneira, também de altíssima complexidade, vai-se formando passo a passo com velocidade até maior do que antecipavam seus formuladores iniciais.

É oportuno lembrar também que nesse processo de harmonização legislativa e judicial o Mercosul não precisa partir do zero e sair inventando soluções experimentais para saber, *a posteriori*, se foram certas ou erradas. Em muitos casos já existe o exemplo da União Européia, que enfrentou ao longo de sua consolidação problemas da mesma natureza e até de sistemas legislativos ainda mais divergentes, devido à formação histórica da Europa, ao combativo nacionalismo de suas populações e às extremadas diferenças de línguas e de mentalidade. Tudo depende, na prática, de vontade política e de esforço continuado.”

Assim, deve o presente trabalho ser concluído com as advertências formuladas por *Paulo de Borba Casella*, profundo estudioso do Mercosul, que contribuirão para o sucesso do procedimento integracionista ora defendido:

“Está colocado desafio de maturidade e visão política, para nós, no momento em que se deve decidir o dilema da configuração institucional definitiva do Mercosul e de suas exigências e perspectivas estruturais. A ausência ou a ocorrência de graves lacunas nestas esvaziará o projeto e os esforços até aqui empreendidos, de seus resultados práticos, no que estes poderiam ter de mais duradouro, na medida em que se pudesse superar o caráter estritamente conjuntural e intergovernamental que prevaleceu até o momento.

Mais do que nos obcecarmos ou ficarmos paralisados diante das mudanças mentais e institucionais que coloca a experimentação de empreitada de integração, assustados diante da necessidade de reestruturar obsoletas

reservas de mercado, quer econômicas como mentais e *abrir mão da formulação obsoleta de conceitos como a soberania do Estado, em favor de conceito novo, onde a soberania não seja rejeitada, mas transformada para ser útil em contexto supranacional, como foi instrumento de consolidação do Estado e de identidade nacional*, ao longo da História, desde seu aparecimento até a generalização de sua utilização (A. BLACK, 1992), podemos fazer esforço de captação de necessidades e perspectivas, em favor de concepções mais amplas, mais abertas e estruturalmente mais consentâneas com o contexto mundial presente". (Grifamos.)

Justamente a tarefa que se coloca para o Mercosul é a determinação de sua estrutura institucional definitiva, combinada com sua plena implementação, onde se possa alcançar o necessário equilíbrio entre a institucionalização do processo de integração e consolidação de espaço economicamente integrado, ao mesmo tempo em que sejam atendidas as necessidades e reduzidas iniquidades do sistema interno brasileiro, para que possamos conseguir desenvolvimento e paz social, simultaneamente assegurando a otimização de nossa inserção no contexto internacional."<sup>33</sup>

Todo o esforço acadêmico, econômico, jurídico e dos demais segmentos da sociedade, no sentido de viabilizar a verdadeira realização do Mercosul, se esvaziará de sentido caso as tarefas colocadas, supra-individualizadas, não se implementarem. Mister se faz que o Brasil assuma seu papel político de condutor do processo de integração e se debruce neste ideal como forma de buscar o seu próprio desenvolvimento e, para tanto, faz-se necessário que ele se desvista dessa postura de "superioridade" sobre os demais membros do Mercosul e encare a realidade emergente, sobretudo dos fatos econômicos. Mas vale ressaltar que, de uma maneira geral, o futuro do Mercosul é promissor. Prova disso é o próprio desenvolvimento econômico da região, após o acordo firmado entre os países que o compõem.

33 Mercosul – Exigências e perspectivas, p. 285-287.

## 6 BIBLIOGRAFIA

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do poder constituinte. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 52, jan. 1981.
- BASSO, Maristela e ESTRELLA, Angela Teresa Gobbi. Reflexões sobre o Mercosul e o sistema tributário nacional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Tributação no Mercosul*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997. (Pesquisas Tributárias. Nova Série, n. 3.)
- BASTOS, Celso Ribeiro; FINKELSTEIN, Cláudio e PEREIRA, Luis Cesar Ramos. Tributação no Mercosul. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) *Tributação no Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. (Pesquisas Tributárias. Nova Série, n. 3.)
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.
- CANOTILHO, J.J.Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CASELLA, Paulo Borba. *Mercosul – Exigências e perspectivas*. São Paulo: LTr. 1996.
- HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- JÚNIOR, Alberto do Amaral. Mercosul – Questões políticas e institucionais. *Boletim de Integração Latino-Americana*, n. 13.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 3. ed., Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 644.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito internacional da integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- MIRANDA, Jorge. *O Tratado de Maastricht e a Constituição portuguesa. A União Européia na encruzilhada*. Coimbra: Almedina, 1996.

- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
- SOUZA, Hamilton Dias de. Limites de alteração tarifária frente ao Mercosul e ao GATT (OMC). *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 6, p. 141, 2ª quinzena de março de 1996.
- VALENTE, Marta Mitico. Estrutura institucional para o Mercosul. *Boletim de Integração Latino-Americana*, n. 10, notas.
- VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *A ordem jurídica do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

## O SUJEITO PASSIVO NA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL

Ana Maria D'Ávila Lopes\*

### Sumário

1. Noções sobre o sujeito passivo.
  - 1.1. Aspectos gerais.
  - 1.2. Sujeito passivo em sentido substancial.
  - 1.3. O Estado como sujeito passivo em sentido genérico.
  - 1.4. Sujeito ativo e passivo reunidos numa mesma pessoa.
2. A incidência do sujeito passivo na tipicidade.
  - 2.1. Qualidades naturais.
    - 2.1.1. Estado físico ou mental da pessoa.
    - 2.1.2. Sexo;
    - 2.1.2. Idade.
  - 2.2. Qualidades jurídicas.
    - 2.2.1. Título jurídico.
    - 2.2.2. Relação com o sujeito ativo.
    - 2.2.3. Natureza jurídica.
3. Conclusão.
4. Bibliografia.

### 1 NOÇÕES SOBRE O SUJEITO PASSIVO

#### 1.1 Aspectos gerais

Sujeito passivo é o titular do bem ou do interesse jurídico, lesado ou exposto a perigo pelo crime descrito na norma penal.<sup>1</sup>

\* O tema deste artigo é parte integrante do conteúdo de pesquisa desenvolvida sob a orientação do professor Werther Botelho Spagnol, com financiamento do CNPq e duração de um ano.

\*\* Aluna do 5º ano do curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

1 RANIERI, Silvio. *Manual de derecho penal* – Parte geral, p. 291.