

O Avanço Constitucional Argentino e o Brasil

Jorge Fontoura

Doutor em Direito Internacional Público pela Universidade de Parma – Itália e pela USP, Membro-consultor da Comissão de Relações Internacionais do Conselho Federal da OAB e Consultor da Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul.

SUMÁRIO

Introdução;

1. Supraestatalidad e Integração Regional;

2. O velho dilema: dualismo versus monismo;

3. A questão no Brasil;

Conclusões.

“O direito público e constitucional do Brasil império e do Brasil república se resumia numa pura análise de textos legais, comentários e exegeses eruditas e lógicas, como se estes textos tivessem porventura vida própria, independente da do povo a que se iam aplicar; como se eles pudessem viver e animar-se sem este sopro de vida que lhes inculam nossa realidade e nossas cousas...”

Oliveira Viana¹

Introdução

Em que pese não contar ainda com a perspectiva que só o tempo pode proporcionar, a história do Mercosul já tem feitos e fatos extraordinários.

Sem ainda uma década de existência, mas consolidado como único processo de integração bem sucedido em nosso subcontinente e quarto efetivo bloco econômico do mundo, sobrevivente à descoordenação e ao primarismo político de seus protagonistas oficiais, o Mercosul se fortalece mercê da pujança e do dinamismo de seus demais atores e principalmente de seu médio empresariado.

Como consequência dos alvissareiros resultados comerciais, que já chegaram a superar os 21 bilhões de dólares/ano de volume de negócios, resultados sem os quais a integração é tão-somente retórica, o Mercosul já tem conduzido nossas sociedades, ainda que de forma às vezes impercep-

1. In *Instituições Políticas Brasileiras*, fls. 645, Biblioteca do Pensamento Político Republicano, nº 14, Câmara dos Deputados, Brasília/DF.

tível, a prodigiosos e irreversíveis avanços institucionais.

No plano jurídico, a reforma constitucional argentina de 1994, que positivou a supremacia do tratado em relação ao ordenamento jurídico interno, nos termos do inovador artigo 75, incisos 22 e 24, constitui formidável exemplo de superação dogmática, em que a hegemonia das idéias e a necessidade de abertura e inserção internacionais prevaleceram em relação ao anacrônico e insustentável isolamento jurídico.

A evolução do direito constitucional platino conforma, neste prisma, em rutilante exemplo de como as injunções econômicas podem, na "era dos mercados", induzir a radicais mudanças, mesmo em culturas jurídicas recalcitrantes a modificações.

Com efeito, após gradual evolução, a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina construiu e prolatou jurisprudencialmente a superioridade do tratado sobre leis internas, *la supraestatalidad*, através de reiterados arestos dos primeiros anos 90. Destacaram-se os casos "*Ekmerkadjian, Miguel Angel versus Sofovich, Gerardo*", de 07 de julho de 1992, "*Fibrica Constructora S.C. versus Comisión Mista de Salto Grande*", de 07 de julho de 1993, e o emblemático caso "*Cafés La*

Virgínia S.A. versus Fisco Nacional", de 10 de outubro de 1994.²

1. *Supraestatalidad e integração regional*

Se é correto imaginarmos que em tais decisões não são propriamente os eflúvios da integração mercosulina que se fazem sentir, afinal o Tratado de Assunção havia sido apenas firmado e o Protocolo de Ouro Preto ainda jazia nas escrivaninhas diplomáticas,³ o mesmo não ocorreu com a reforma constitucional que se deu logo em seguida. De fato, tal reforma constitui-se em inconcussa opção de política-jurídica, revelando-se como atitude integracionista de grande efetividade e de compromisso irreversível com o Mercosul.

Em memorável curso de estudos avançados em integração, promovido pelo CEFIR,⁴ em Punta del Este, Uruguai, 1998, o eminente professor argentino FELIX PEÑA, um dos negociadores do Mercosul de primeira hora, instado a responder se teria havido reforma constitucional no que concerne a questão da hierarquia do tratado na ordem interna argentina ainda que sem Mercosul, após refletida argumentação concluiu que a jurisprudência pregressa não teria necessariamente decorrido da integração e sim de um contexto mais amplo, mas que a posterior reforma constitu-

2. Vide Boggiano, Antonio, *Relaciones Exteriores de los Ordenamientos Jurídicos: Jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*. Buenos Aires: La Ley, 1995.

3. O Tratado de Assunção é de 26 de março de 1991 e o Protocolo de Ouro Preto de 17 de dezembro de 1994.

4. CEFIR, Centro de Formação em Integração Regional, órgão de cooperação da Comissão Europeia/Grupo do Rio, com o apoio do Colégio Europeu de Maastricht, sediado em Montevideu, Uruguai.

cional possuía um nítido endereço mercosuriano.

Há, contudo, um fator que parece ser determinante, tanto na evolução jurisprudencial verificada, quanto na reforma constitucional de 1994. Trata-se da observância da cultura jurídica derivada do estudo do direito internacional público, algo que a Argentina foi pródiga em realizar antes mesmo dos “modismos da mundialização”. Vivo exemplo de tal opção verifica-se em sua adesão à “Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 23 de maio de 1969”, que estabelece de forma paradigmática, em seu artigo 27, que “uma parte não poderá invocar as disposições de seu direito interno como justificativa do descumprimento de um tratado”, ratificada e incorporada ao ordenamento argentino pela Lei nº 19.865, de 27 de janeiro de 1980. Aderir ao “tratado dos tratados”, como é conhecida esta Convenção de Viena, mesmo que de forma inócua em face da omissão constitucional que ocorria à época, foi para a história do direito argentino uma veemente sinalização em direção ao futuro e à inevitável convivência jurídica das nações. Neste sentido, extrai-se da sentença “*Ekmekjian versus Sofovich*” a lapidar citação: “*la necesaria aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la*

omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional...”⁵ Resulta claro que a partir de tal precedente jurisprudencial, os tratados passaram a ostentar, no ordenamento jurídico argentino, uma hierarquia superior à das leis, não comprometendo o postulado da supremacia constitucional, já que o artigo 27 da Constituição argentina salvaguardava que os tratados deveriam estar em conformidade com os princípios de direito público nela consagrados.

Os posteriores casos “*Cafés La Virginia S.A.*” e “*Fibraca*”, confirmando as linhas gerais da jurisprudência antecedente, apresentam algumas nuances, que no entanto serão genericamente absorvidas diante da reforma constitucional de 1994.⁶

No processo de internacionalização das constituições, como validamente assevera ADOLFO GABINO ZIULU, emérito constitucionalista da Universidade Católica de La Plata, há inúmeros aspectos positivos, como a consolidação dos sistemas democráticos de governo, o respeito e a hipertrofia da tutela dos direitos humanos, a maior abertura ao mundo e a promoção da integração regional, que abre caminhos a um futuro direito comunitário, e, de forma mais abrangente, a um maior compromisso com a convivência pacífica entre as Nações.⁷

5. Vide Caputo Bastos, Carlos Eduardo, coleção *Estudios de Integración, Hierarquía Constitucional dos Tratados*, vol. 12, Associação Brasileira de Estudos da Integração, Senado Federal, Brasília, 1998.

6. O Caso *Cafés La Virginia* se encontra exaustivamente descrito em Boggiano, Antonio, *Introducción al Derecho Internacional*, fls. 638, Buenos Aires: Ed. La Ley, 1995.

7. *La Integración, los Tratados Internacionales y la Constitución* (Revista Jurídica de Doctrina, Año III, nº 3, novembro 1988, Colégio de Abogados del Departamento Judicial de Quilmes).

2. Monismo e dualismo: o velho dilema

Ao abordarmos o tema da reforma constitucional argentina de 1994 é inevitável que refulja o recorrente tema da oposição do dualismo e do monismo, nas relações entre o direito interno e o direito internacional. Trata-se de um debate doutrinário que remonta a histórica e centenária dissensão entre TRIEPEL e ANZILOTTI, aparentemente superada pelos modernos fenômenos de construção de blocos econômicos, mas que constantemente volta à baila, nos recorrentes debates do *zeitgeist* de abertura jurídica e de internacionalização do direito a que os Estados se vêem impelidos.

Embora se possa imaginar, em princípio, que a reforma constitucional argentina corresponde a uma clara adoção do monismo, em detrimento do arcaico dualismo ancestral, ao aprofundarmos nosso estudo podemos constatar que não se trata, em verdade, de tão drástica revolução.

Parece certo que o dogmatismo dualista, *estatólatra* e *soberanófilo*, maciçamente presente em nossa história constitucional latino-americana, foi grandemente mitigado no bojo da reforma, com a segurança jurídico-internacional sido implantada de forma irreprochável. Como pode-se observar, no que diz respeito aos tratados

referentes à tutela dos direitos humanos, a adoção do critério monista parece de fato avassalador.⁸ Cumpre sempre observar, no entanto, que o mesmo legislador-reformador-constituente preocupou-se em manter incólumes alguns alicerces crassamente dualistas, como o celebrado inciso 22 do art. 75: "...los tratados internacionales sobre derechos humanos no derrogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...". Como se vê, a supremacia constitucional, ainda que em matéria de direitos humanos, permanece como uma incontestada baliza demarcadora dos possíveis limites do monismo virtual.

Também deve-se observar que uma clara válvula de segurança dualista foi mantida intacta, na primeira parte da Constituição reformada, nos termos do art. 27, que dispõe que os tratados internacionais celebrados com outros Estados "...estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución".

A jurisprudência "*Ekmerkadjian versus Sofovich*" é a nosso juízo a que mais se aproximou de um monismo efetivamente inovador e inaudito em matéria de ordem de prelação do tratado no ordenamento jurídico interno. Em relação a ela, que superpunha hierarquicamente o tratado à própria norma constitucional, a Lei Maior reformada de 1994 parece retomar alguns

8. De resto, a Constituição brasileira de 1988, ao estipular no art. 5º, parágrafo único, que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos têm aplicação imediata na ordem jurídica interna, também gera uma falsa percepção monista. Considerada a abrangência avassaladora do próprio artigo, com seus 55 incisos, a proposta é mera forma, efeito direto imaginário, desprovida de qualquer consequência real. Roupagem monista em um corpo claramente dualista.

perceptíveis insights dualistas, o que, convenhamos, não deva em nenhuma hipótese ser tomado como retrocesso ou algo que o valha, haja vista o formidável resultado final representado pelo avanço constitucional argentino.

3. A questão no Brasil

A ausência de uma disciplina constitucional reguladora da hierarquia dos tratados no direito interno, contrasta no Brasil com a notória intenção política de integração regional e inserção internacional. A valer o projeto de buscar estabilidade monetária e desenvolvimento também através de uma maior participação no comércio internacional com abertura da economia, e crê-se outro caminho parece não haver, o realinhamento jurídico brasileiro é urgente e contempla a necessária questão da segurança jurídica internacional.

Conforme já tivemos ocasião de assinalar, “... *no existe norma de preeminencia que regule la confrontación entre ley federal y el tratado antecedente o sobreviniente. La lectura del texto constitucional brasileño revela que paralelamente a la referida ausencia de normas, los tratados pueden ser entendidos a través de una interpretación por analogía, como poseedores de una jerarquía equiparada a la ley federal (línea ‘a’ del inciso III del artículo 105), sujetos, por lo tanto, al control de constitucionalidad (línea ‘b’ del inciso III del artículo 102).*”

La investigación de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal revela en los casos

más recientes (Recursos Extraordinarios 71.154-PR/1971, 80.004 – SE/1977), 1ª excelsa Corte entiende que en caso de conflicto prevalece la norma posterior, con aplicación del artículo 2, párrafo 1º de la Ley de Introducción al Código Civil, o simplemente del aforisma ‘lex posterior derogat priori’.”⁹

Esta paradoxal posição de isolamento jurídico internacional do Brasil, com fulcro em uma cultura jurídica refratária ao Direito Internacional Público, contrasta curiosamente com a política externa e com a própria história do Direito brasileiro, onde internacionalistas de nomeada não são uma exceção. Aqui tivemos, desde sempre, excepcionais autores e protagonistas da “disciplina de Grotius”, de RUI BARBOSA a CLÓVIS BEVILÁQUA, sem deixar de mencionar os presidentes pioneiros do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, LEVI FERNANDES CARNEIRO e RAUL FERNANDES, que inclusive empresta seu nome a importante cláusula de Direito Internacional Público, facultando os Estados a se vincularem a cláusulas de submissão a jurisdições internacionais.

Exemplo crasso de tal isolamento jurídico internacional do Brasil é a não-ratificação e conseqüente não-incorporação ao nosso direito interno da já citada Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969, e que após ter sido negociada e assinada pelos representantes do Poder Executivo, permanece sobrestada no Congresso Nacional, para efeitos de aprovação de decreto legislativo que auto-

9. FONTOURA, Jorge. *Asimetrías Constitucionales en Mercosur*, Mercosul Informativo, Comissão Parlamentar Conjunta – Representação Brasileira, Ano IV, nº 10, Brasília, 1999.

rize o Presidente da República a ratificá-la, desde 1992.¹⁰

Conclusões

Outro exemplo do afastamento brasileiro da contemporaneidade internacional diz respeito a anacrônica hesitação diante da implementação plena da instituição da arbitragem. Promulgada na forma da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, a norma brasileira de arbitragem foi logo em seguida, em 1977, incidentalmente argüida em sua constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da homologação de decisão judicial proveniente do exterior, conexa a laudo arbitral, nos termos do Agravo em Homologação de Sentença Estrangeira nº 5.206/97, onde permanece até os dias atuais sem julgamento final. Portanto, embora tenhamos uma lei nacional de arbitragem, ela ainda não pode ser aplicada, não tem efetividade, por estar *sub judice*, até que se defina, na Suprema Corte, se ela conflita ou não com dispositivos da Constituição.

Com seu perfil jurídico bem delineado, a arbitragem limita-se a direitos patrimoniais e disponíveis. Quanto a seu procedimento padrão, equipara-se ao processo de conhecimento judicial, prévio à execução portanto, de sorte a propiciar o mais livre trânsito volitivo entre as partes. Apoiando-se fundamentalmente no querer comum dos litigantes, pressupõe uma cultura e uma atitude característica das sociedades e das pes-

soas melhor educadas para a vida em comum.

Apesar de todos estes fatos, ao verificarmos as razões suscitadas contra a adoção da arbitragem, resta clara a flagrante atitude de nossa cultura jurídica subjacente, que revela ainda não estarmos prontos para conceber o Estado emasculado de sua onipotência jurisdicional, contra todos e contra tudo, que nos orienta, protege e oprime.

Observando no entanto a realidade mundial, da qual queremos e precisamos participar mais e melhor, realizamos facilmente que o consenso das diversas culturas jurídicas conduz inexoravelmente à arbitragem. E é em torno dela que gravita o universo jurídico internacional, que a erige como formidável ferramenta de inserção internacional, seja através do aparato de solução de controvérsias da OMC, seja através da prática informal e difusa das relações internacionais de comércio, a *Lex Mercatoria*.

A partir de qualquer clivagem refletora da realidade do mundo, não há como deixar de constatar a importância da arbitragem para, fazendo como nossos vizinhos de outras falas, implementá-la rapidamente.

Enquanto avaliamos se a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados "pode ou não pode", se a Constituição permite ou não que sejamos como todos são, sem dilucidarmos certos mistérios pétreos de nossa Lei Maior, os ventos que vêm do Rio da Prata são sempre benfazejos.

10. Enviada ao Congresso Nacional em 1992, através da Mensagem Presidencial 00116, para efeitos de autorização de ratificação através de Decreto Legislativo, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 23 de maio de 1969, permanece desde novembro de 1995 na Câmara dos Deputados, com parecer contrário na Comissão de Relações Exteriores. Relator Deputado Pedro Valadares, in Diário da Câmara dos Deputados, 18 de maio de 1996, p. 14.326, Col. 01.