

# O avanço constitucional argentino e o Brasil

Jorge Fontoura

## Sumário

1. *Supraestatalidad* e integração regional.
2. Monismo e dualismo: o velho dilema.
3. A questão no Brasil.

“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 por ventura 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 a nossa realidade e as nossas cousas...”.

Oliveira Viana [*Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Câmara dos Deputados, n. 14, s.d. p. 654. (Biblioteca do Pensamento Político Republicano)]

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 conseqüência dos alvissareiros resultados comerciais, que já chegaram a superar os 21 bilhões de dólares/ano de

Jorge Fontoura é Doutor em Direito Internacional Público (Universidade de Parma – Itália e USP), Membro-consultor da Comissão de Relações Internacionais do Conselho Federal da OAB e Professor-visitante do curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

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 imperceptível, 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 diante do anacrônico e insustentável isolamento jurídico.

A evolução do Direito Constitucional platino conforma, nesse prisma, em rutilante exemplo de como as injunções econômicas e a “era dos mercados” podem conduzir a inexoráveis e profundas mudanças, mesmo em ordenamentos jurídicos 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*, po meio de reiterados arestos dos primeiros anos 90. Destacaram-se os casos “Ekmerkdjian, Miguel Angel *versus* Sofovich, Gerardo”, de 7 de julho de 1992, “Fibrica Constructora S.C. *versus* Comisión Mista de Salto Grande”, de 7 de julho de 1993, e o emblemático caso “Cafés La Virgínia S.A. *versus* Fisco Nacional”, de 10 de outubro de 1994, todos devidamente reportados em Antonio Boggiano, *Relaciones Exteriores de los ordenamientos jurídicos: jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*. Buenos Aires : Editora La Ley, 1995.

### 1. *Supraestatalidad e integração regional*

Se é correto imaginarmos que em tais decisões não foram propriamente os eflúvios da integração mercosulina que se fizeram sentir, afinal o Tratado de Assunção havia sido apenas firmado e o

Protocolo de Ouro Preto ainda jazia nas escrivatinhas diplomáticas (o Tratado de Assunção é de 29 de março de 1991 e o Protocolo de Ouro Preto é de 17 de dezembro de 1994), o mesmo não ocorreu com a reforma constitucional que se deu logo em seguida. De fato, tal reforma constitui-se 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, em Punta del Este, 1998, promovido pelo CEFIR, (Centro de Estudos Avançados de Integração, órgão de cooperação da União Européia e do Grupo do Rio, com o apoio do Colégio Europeu de Maastricht, sediado em Montevideú), 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 à 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 constitucional 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 19.865, de 27 de janeiro de 1980 . Aderir ao “tratado dos tratados”, como é conhecida essa 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. Nesse 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...”*

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 própria Constituição argentina salvaguardava que os tratados deveriam estar em conformidade com os princípios de direito público nela consagrados.

Os posteriores casos “Cafés La Virgínia S.A.” e “Fibraca”, confirmando as linhas gerais da jurisprudência antecedente, apresentam algumas nuances, sem comprometer o *leitmotiv* da supremacia do Tratado sobre a lei interna, que serão genericamente incorporadas pela reforma constitucional de 1994.

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 abrem caminhos a um futuro direito comunitário, e, de forma mais abrangente, a um maior compromisso com a convivência pacífica entre as Nações. (In: *La Integración, los Tratados Internacionales y la Constitución. Revista Jurídica de Doctrina : a. 3n. 3, noviembre 1998. Colegio 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 ao monismo, nas relações entre o direito interno e o direito internacional: estaríamos diante de dois ramos de um mesmo sistema jurídico, monismo, ou direito internacional e direito interno conformariam dois sistemas distintos, separados e independentes, o dualismo?

Trata-se de um debate doutrinário que remonta à histórica e centenária dissensão entre Triepel e Anzilotti, aparentemente superada pelos modernos fenômenos de construção de blocos econômicos, que, no entanto, constantemente volta à baila nos recorrentes debates do *zeitgeist* de internacionalização do direito.

Embora se possa imaginar, em princípio, que, no caso argentino, estejamos diante de uma clara adoção do monismo, em detrimento do arcaico dualismo ancestral, a reforma implantada não foi tão drástica assim.

Parece certo que o dogmatismo dualista, “estatólatra e soberanófilo”, tão presente em nossa história constitucional latino-americana, foi grandemente mitigado, com a segurança jurídico-internacional implantada de forma drástica. No que diz respeito aos tratados referentes à tutela dos direitos humanos, o critério monista parece avassalador. No entanto, cumpre sempre observar que, na reforma argentina, o mesmo legislador revisor constituinte preocupou-se em manter incólumes alguns alicerces crassamente dualistas, como o

inciso 22 do art. 75 (“...los tratados internacionales sobre derechos humanos no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.”). Também deve-se observar que uma clara válvula de segurança dualista foi mantida intacta na primeira parte do texto reformado, 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 “*Ekmekdjian 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 perceptíveis *insights* dualistas, o que não devemos em nenhuma hipótese considerar 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 em nosso direito interno contrasta fragorosamente com a notória intenção política de integração regional e inserção internacional manifestadas pelos recentes governos. A valer o projeto de buscar estabilidade monetária e desenvolvimento também por meio de uma maior participação no comércio internacional e abertura da economia – e crê-se outro caminho não há –, o realinhamento jurídico brasileiro é urgente e contempla a inadiável questão da segurança jurídica internacional.

De fato, no Brasil, conforme também afirma com propriedade Gabino Ziulu, em sua obra já citada,

“... 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*’.”.

Essa paradoxal posição de isolamento jurídico internacional do Brasil, com fulcro em uma cultura jurídica extemporaneamente refratária ao Direito Internacional Público, contrasta curiosamente com a política externa e com a própria história do Direito brasileiro. Aqui tivemos, desde sempre, excepcionais “jusinternacionalistas”, de Rui Barbosa a Clóvis Bevilacqua, sem deixar de mencionar os dois primeiros Presidentes do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Raul Fernandes e Levi Carneiro, grandes estudiosos e cultores da “disciplina de Grotius”, tendo o primeiro inclusive emprestado seu nome a importante cláusula do “Direito das Gentes”, facultando aos Estados a submissão a jurisdições internacionais criadas pacticiamente.

Exemplo crasso do *aislamiento* jurídico brasileiro é a não-ratificação e conseqüente incorporação ao direito interno da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 23 de maio de 1969, que, enviada ao Congresso Nacional pela Mensagem Presidencial de 116/ 92, para efeitos de autorização de ratificação, encontra-se retida no Congresso Nacional desde 1995

(*Diário da Câmara dos Deputados*, 18 de maio de 1995, p. 14.326, Col. 01).

Outro exemplo do afastamento brasileiro da contemporaneidade internacional diz respeito a nossa anacrônica hesitação diante da implementação plena da instituição da arbitragem. Filha legítima do Direito Internacional Público, a arbitragem, proposta como forma de solução de controvérsias alternativa à jurisdição estatal, após afirmar-se no direito do comércio internacional, rapidamente incorporou-se à prática dos direitos nacionais, sendo hoje comezinha em países das mais diversas culturas e sistemas jurídicos.

Aprovada e promulgada na forma da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, a Lei da Arbitragem brasileira foi incidentalmente questionada em sua constitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal, ao julgar-se o Agravo em Homologação de Sentença Estrangeira nº 5.206, em 1997, onde permanece até os dias atuais.

Ao verificarem-se as razões suscitadas, resta clara a flagrante atitude de cultura

jurídica subjacente, de que ainda não estamos prontos para conceber o Estado sem o avassalador poder jurisdicional, contra tudo e contra todos.

Ao realizarmos, no entanto, a realidade mundial da qual queremos participar mais e melhor, verificamos de imediato um cosmo jurídico que gravita, no que concerne à solução de controvérsias, em torno da arbitragem. Seja por meio de suas instituições formais como a OMC, seja mediante o aparato informal do comércio internacional, a *lex mercatoria*, não há como deixar de constatar a importância da arbitragem e fazer como nossos vizinhos de outras falas, implementando-a rapidamente.

Enquanto avaliamos se a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados é ou não compatível com nosso ordenamento jurídico, ou se a Constituição permite a arbitragem em nosso meio, já que ainda não dilucidamos certos mistérios pétreos de nossa Lei Maior, os ventos que sopram do Rio da Prata são sempre benfazejos.

