



SENADO FEDERAL  
Subsecretaria de Edições Técnicas

# Estudos da Integração

(12º VOLUME)

O PROCESSO  
DE INTEGRAÇÃO DO  
MERCOSUL E A QUESTÃO  
DA HIERARQUIA  
CONSTITUCIONAL  
DOS TRATADOS

Carlos Eduardo Caputo Bastos

Associação Brasileira de Estudos da Integração

BRASÍLIA  
1997



**SENADO FEDERAL  
MESA BIÊNIO 1997/1998**

**PRESIDENTE  
Antonio Carlos Magalhães**

**1º VICE-PRESIDENTE  
Geraldo Melo**

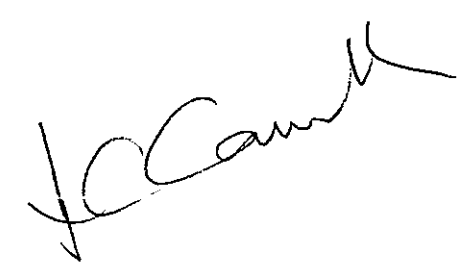
**2º SECRETÁRIO  
Carlos Patrocínio**

**2º VICE-PRESIDENTE  
Júnia Marise**

**3º SECRETÁRIO  
Flaviano Melo**

**1º SECRETÁRIO  
Ronaldo Cunha Lima**

**4º SECRETÁRIO  
Lucídio Portella**



**SUPLENTES DE SECRETÁRIO**

**Emilia Fernandes  
Lúdio Coelho  
Joel de Hollanda  
Marluce Pinto**

ESTUDOS DA INTEGRAÇÃO  
(12º VOLUME)

O PROCESSO  
DE INTEGRAÇÃO DO  
MERCOSUL E A QUESTÃO  
DA HIERARQUIA  
CONSTITUCIONAL  
DOS TRATADOS

CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA  
DE ESTUDOS DA INTEGRAÇÃO

BRASÍLIA – 1997

ESTUDOS DA INTEGRAÇÃO

(12º VOLUME)

O PROCESSO DE INTEGRAÇÃO  
DO MERCOSUL E A QUESTÃO  
DA HIERARQUIA CONSTITUCIONAL  
DOS TRATADOS

CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS

Advogado; Membro da Comissão de Relações Internacionais do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Delegado Brasileiro junto ao COADEM – Colégios e Ordem de Advogados do Mercosul; Presidente da Associação de Ex-alunos de Direito da Universidade de Brasília.

Editor e distribuidor:

Subsecretaria de Edições Técnicas

Senado Federal

Praça dos Três Poderes, Via N-2 Unidade de apoio III

CEP 70165-900 Brasília, DF

Telefones: (061) 311-3576, 4755, 3578 e 3579

Fax: (061) 311-4258 e 321-7333

Telex: (061) 1357

Diretor: Raimundo Pontes Cunha Neto

Editoração eletrônica:

Paulo Henrique Ferreira Nunes

Revisão:

João Evangelista Belém

Impressão:

Secretaria Especial de Editoração e Publicações

ISBN: 85-7018-161-2

Bastos, Carlos Eduardo Caputo.

O processo de integração do Mercosul e a questão da hierarquia constitucional dos tratados / Carlos Eduardo Caputo Bastos. — Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas ; Porto Alegre : Associação Brasileira de Estudos da Integração, 1997.

75 p. — (Estudos da integração ; v. 12)

Texto em português e espanhol.

1. Integração econômica — Países do Mercosul. 2. Integração regional — Países do Mercosul. 3. Mercado Comum do Sul (Mercosul).

I. Título. II. Série.

CDD 338.918

## NOTA EXPLICATIVA

A Associação Brasileira de Estudos da Integração (ABEI) tem como finalidade realizar estudos sobre temas da integração, especialmente a do Cone Sul, e o estabelecimento do respectivo mercado comum.

Constituída em agosto de 1991, seus associados docentes e os associados pesquisadores iniciaram trabalhos individuais e organizaram equipes de estudo.

Os frutos dessas atividades sairão nesta coleção de Estudos da Integração, que acolherá prazerosamente contribuições de pesquisadores nacionais e estrangeiros, pois constitui um dos seus objetivos a divulgação de obras que contribuam para a solução dos complexos problemas acarretados pela integração, nova e promissora realidade em nosso continente.

WERTER R. FARIA

DIRETOR-PRESIDENTE

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS DA INTEGRAÇÃO

# SUMÁRIO

1. Introdução: regionalização de mercados e o surgimento do Mercosul .....	8
1. Introducción: regionalización de mercados y el surgimiento del Mercosur .....	9
2. O tratado no plano constitucional brasileiro .....	10
2. El tratado en el marco constitucional brasileño .....	11
3. O tratado no plano constitucional uruguaio .....	16
3. El tratado en el marco constitucional uruguayo .....	17
4. O tratado no plano constitucional argentino e paraguaio .....	22
4. El tratado en el marco constitucional argentino y paraguay .....	23
5. O tratado no plano constitucional chileno e boliviano .....	26
5. El tratado en el marco constitucional chileno y boliviano .....	27
6. O conflito entre o tratado e a lei em face da jurisprudência da Suprema Corte de Justiça da Argentina .....	32
6. El conflicto entre el tratado y la ley ante la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina .....	33
7. O conflito entre o tratado e a lei em face da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal .....	40
7. El conflicto entre el tratado y la ley ante la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal .....	41
8. Assimetria constitucional e o princípio da reciprocidade .....	56
8. Asimetría constitucional y el principio de reciprocidad .....	57
9. Conseqüências da adoção da regra da posteridade .....	60
9. Consecuencias de la adopción de la regla de posterioridad .....	61
10. A necessidade de disciplina do conflito: tratado <i>versus</i> lei .....	68
10. La necesidad de disciplina del conflicto: tratado <i>versus</i> ley .....	69
11. Conclusão .....	72
11. Conclusión .....	73

## 1. INTRODUÇÃO: REGIONALIZAÇÃO DE MERCADOS E O SURGIMENTO DO MERCOSUL

A questão do regime constitucional dos tratados não tem, presentemente, merecido a devida atenção da comunidade jurídica brasileira. Essa observação, esclareça-se, tem atual pertinência, especial e especificamente, na medida em que o país se encontra em pleno processo de *transição para constituição de um mercado comum*.

Os fatos políticos e econômicos que vêm impulsionando os movimentos de integração – e, por via de consequência, sua necessária e respectiva disciplina –, têm causado expectativa e perplexidade, porquanto, em razão de sua velocidade, não puderam ser precedidos por uma ampla discussão política – *no que se refere à oportunidade de constituição de um mercado comum* – e jurídica – *no que concerne a sua viabilidade do ponto de vista constitucional e aos desdobramentos que lhe são conseqüentes*.

É fato que o fenômeno da *globalização* da economia e o crescente surgimento e formação de blocos regionais têm praticamente imposto aos demais países a união com seus limítrofes. Esse fenômeno exsurge, certamente, como resposta necessária à reorganização de forças no cenário econômico internacional, onde o *leit motiv* é a *competitividade*<sup>1</sup>.

Seguindo essa tendência, o Brasil firmou com a Argentina, Paraguai e o Uruguai o Tratado de Assunção, para constituição de um Mercado Comum do Sul, ou simplesmente Mercosul<sup>2</sup>. Foi uma decisão do Poder Executivo (*inciso VIII, do artigo 84, da Constituição Federal*) que observou o *ad referendum* do Congresso Nacional<sup>3</sup>, nos termos do inciso

<sup>1</sup> A *globalização*, assinala Celso D. Albuquerque Mello, é a intervenção de uma nova fase do capitalismo em que as economias dos diferentes Estados encontram-se interligadas – *Direito Internacional de Integração*. Renovar, 1996. p. 32;...que a formação dos *blocos regionais* é o resultado de uma *estratégia de defesa* diante da formação de outros blocos de mercado, na tentativa de coordenar e melhorar esforços entre países para aumentar o nível de *competitividade*, a fim de garantir sua sobrevivência e inserção no comércio internacional e no mercado mundial globalizado – Mercosul : estratégias para a integração. Jaime, LIPOVETZKY, Daniel. São Paulo : LTr, 1994. p. 43.

<sup>2</sup> Artigo 1 do Tratado de Assunção: “Os Estados-Partes decidem constituir um Mercado Comum... que se denominará *Mercado Comum do Sul* – Mercosul”.

<sup>3</sup> Decreto Legislativo nº 197, de 25.9.91, publicado no *Diário Oficial* em 26.9.91. Promulgado pelo Decreto nº 350, publicado no *Diário Oficial* da União de 22.11.91.

## 1. INTRODUCCIÓN: REGIONALIZACIÓN DE MERCADOS Y EL SURGIMIENTO DEL MERCOSUR

La cuestión del régimen constitucional de los tratados no ha merecido, hasta el presente, la debida atención de la comunidad jurídica brasileña. Esta observación, aclárese, tiene pertinencia actual, especial y específicamente, en la medida que el país se encuentra en pleno proceso de *transición para la constitución de un mercado común*.

Los hechos políticos y económicos que han impulsado los movimientos de integración y, consecuentemente, su necesaria y respectiva disciplina han causado bastante expectativa y perplejidad, porque en razón de su velocidad no fueron precedidos de una amplia discusión política – en lo referente a la oportunidad de constituir un mercado común – y jurídica – en lo concerniente a su viabilidad desde el punto de vista constitucional y de los desdoblamientos que le son consecuentes.

Es un hecho que el fenómeno de la *globalización* de la economía y el creciente surgimiento y formación de bloques regionales, han impuesto prácticamente a los países la unión con sus limítrofes. Ese fenómeno aparece, ciertamente, como respuesta necesaria a la reorganización de fuerzas en el escenario económico internacional, donde el *leit motiv* es la *competividad*<sup>1</sup>.

Siguiendo esa tendencia, Brasil firmó con Argentina, Paraguay y Uruguay el Tratado de Asunción, para la constitución de un Mercado Común del Sur, o simplemente Mercosur<sup>2</sup> (*inciso VIII, del Artículo 84, de la Constitución Federal*). Fue una decisión del Poder Ejecutivo que observó el *ad referendum* del Congreso Nacional<sup>3</sup>, en los términos del

<sup>1</sup> La *globalización*, señala MELLO, Celso de Albuquerque. *Direito Internacional de Integração*. Renovar, 1996. p. 32, es la intervención de una nueva fase del capitalismo en la cual las economías de los diferentes estados se encuentran interrelacionadas;... que la formación de los bloques regionales es el resultado de una “estrategia de defensa” frente a la formación de otros bloques de mercado, intentando coordinar y mejorar los esfuerzos entre países para aumentar el nivel de competitividad, con la finalidad de garantizar su supervivencia e inserción en el comercio internacional y en el mercado mundial globalizado – LIPOVETZKY, Jaime E. Daniel. *Mercosul: estratégias para a integração*. Ltr., 1994. p. 43.

<sup>2</sup> Artículo 1, del Tratado de Asunción: “Los Estados partes decidem constituir un Mercado Común...que se denominará *Mercado Común del Sur* – Mercosur”.

<sup>3</sup> Decreto Legislativo nº 197, del 25.9.91, publicado en el *Diario Oficial* en 26.9.91, Promulgado por el Decreto nº 350, publicado en el *Diario Oficial* de la Unión del 22.11.91;

I do artigo 49 da Constituição Federal. Ocorre que, passados cinco anos da sua assinatura, e de outros protocolos que se lhe seguiram<sup>4</sup>, deparamo-nos ainda com uma questão não resolvida, e que, ao que parece, tem passado ao largo dos mercocratas e, especialmente, do legislador brasileiro.

## 2. O TRATADO NO PLANO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: AUSÊNCIA DE NORMA DE CONFLITO

Refiro-me à questão da hierarquia constitucional dos tratados<sup>5</sup> e da ausência de norma de conflito que discipline o confronto entre a lei

<sup>4</sup> Protocolo para “Solução de Controvérsias”, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 88, de 1 de dezembro de 1992, publicado no *Diário Oficial* da União em 2.12.92 e promulgado pelo Decreto nº 922, publicado no *Diário Oficial* da União em 13.9.93. Protocolo de “Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa”, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 55, de 19.4.95, publicado no *Diário Oficial* da União em 28.04.95, e promulgado pelo Decreto nº 2.067, publicado no *Diário Oficial* da União de 13 de novembro de 1996. Protocolo de Buenos Aires sobre “Jurisdição Internacional em Matéria Contratual”, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 129, de 5 de outubro de 1995, publicado no *Diário Oficial* da União em 6.10.95, pendente de decreto de promulgação. Protocolo de “Medidas Cautelares”, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 192, de 15 de dezembro de 1995, publicado no *Diário Oficial* da União em 18.12.95, pendente de Decreto de promulgação. Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a “Estrutura Institucional do Mercosul” – Protocolo de “Ouro Preto”, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 188, de 15 de dezembro de 1995, publicado no *Diário Oficial* da União de 18.12.95 e promulgado pelo Decreto nº 1.901, publicado no *Diário Oficial* da União de 10 de maio de 1996.

<sup>5</sup> Por “tratado” entende-se o ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas internacionais; é a expressão genérica. ACCIOLY, H. SILVA, G. E. NASCIMENTO E. *Manual de Direito Internacional Público*. Saraiva, 12ª ed. 1996, p. 20-21; J. F. REZEK, com apoio na clássica afirmação de Georges Scelle, assinala que o tratado internacional é em si mesmo um simples *instrumento*. Conclui, por conseguinte, que é natural, por isso, que o estudo do direito dos tratados não tenha por objeto nada mais que esse *instrumento*, cuja variedade nominal, ditada pelo acaso e pelo arbítrio das partes, não guarda relação com seu teor material – *Direito dos tratados*. Forense, 1984. p. 83; É nessa perspectiva que Jorge Fontoura critica a utilização do termo “Protocolo”, para designar os demais Tratados celebrados no âmbito do Mercosul, preferindo nominá-los, simplesmente, e para evitar confusão terminológica, de Tratado de Brasília para Solução de Controvérsias, Tratado de Ouro Preto sobre a Estrutura Institucional do Mercosul, e assim sucessivamente: palestra proferida em Buenos Aires, no Seminário sobre “Soluções de Controvérsias”, organizado pelo Ministério de Relações Exteriores, Comércio Internacional e Culto da República Argentina.

inciso I del artículo 49 de la Constitución Federal. Ahora bien, pasados cinco años de su firma, y de otros protocolos que le siguieron<sup>4</sup>, nos encontramos aún con una cuestión no resuelta y que, por lo que parece, ha pasado a lo largo de los mercocratas y, especialmente, del legislador brasileño.

## 2. EL TRATADO EN EL MARCO CONSTITUCIONAL BRASILEÑO: AUSENCIA DE NORMA DE PREEMINENCIA

Me refiero a la cuestión de la jerarquía constitucional de los tratados<sup>5</sup>, y la ausencia de norma de preeminencia, que regula la

<sup>4</sup> Protocolo de Brasília para “Solución de Controversias”, aprobado por el Decreto Legislativo nº 88, del 1 de diciembre de 1992, publicado en el *Diario Oficial* de la Unión en 2.12.92 y promulgado por el Decreto nº 922, publicado en el *Diario Oficial* de la Unión en 13.9.93; Protocolo de “Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa”, aprobado por el Decreto Legislativo nº 55, del 19.4.95, publicado en el *Diario Oficial* de la Unión en 28.4.95, pendiente de Decreto de promulgación; Protocolo de Buenos Aires sobre “Jurisdicción Internacional en Materia de Contratos”, aprobado por el Decreto Legislativo nº 129, del 5 de octubre de 1995, publicado en el *Diario Oficial* de la Unión en 6.10.95, pendiente de Decreto de promulgación; Protocolo de “Medidas Cautelares”, aprobado por el Decreto Legislativo nº 192, de 15 de diciembre de 1995, publicado en el *Diario Oficial* de la Unión en 18.12.95, pendiente de Decreto de promulgación; Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la “Estructura Institucional del Mercosur” – Protocolo de “Ouro Preto”, aprobado por el Decreto Legislativo nº 188, del 15 de diciembre de 1995, publicado en el *Diario oficial* de la Unión del 18.12.95 y promulgado por el Decreto nº 1.901, publicado en el *Diario Oficial* de la Unión del 10 de mayo de 1996.

<sup>5</sup> Se entiende por tratado el acto jurídico por medio del cual se manifesta el acuerdo de voluntades entre dos o más personas internacionales; es la expresión genérica – ACCIOLY, H. y E SILVA, G. E. Nascimento. *Manual de Direito Internacional Público*. Saraiva, 1996. p. 20-21; J. F. Rezek, apoyado en la clásica afirmación de Georges Scelle, señala que el tratado internacional es en sí mismo un simple instrumento. Concluye, por consiguiente, que por eso es natural que el estudio del derecho de los tratados no tenga por objeto nada más que ese instrumento, cuya variedad nominal, dictada por el acaso y por el arbítrio de las partes, no guarda relación con su contenido material – *Direito dos Tratados*. Forense, 1984. p. 83; En esa perspectiva es que Jorge Fontoura critica la utilización del término “Protocolo”, para designar los demás Tratados celebrados en el marco del Mercosur, prefiriendo nominarlos, simplemente, y para evitar confusión terminológica, Tratado de Brasília para Solución de Controversias, Tratado de Ouro Preto sobre la Estructura Institucional, y así sucesivamente: en conferencia pronunciada en Buenos Aires, en el Seminario sobre “Soluciones de Controversias”, organizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina.



federal e o tratado (*antecedente e/ou superveniente*). A reflexão sobre a apontada anomia é atual, oportuna e antes de mais nada necessária, até mesmo na consideração da segurança jurídica que, em realidade, deveria anteceder as relações negociais forjadas na consecução do modelo integracionista.

A par da referida anomia, a leitura do texto constitucional brasileiro revela que os tratados possuem hierarquia equiparada à lei federal (alínea “a” do inciso III do artigo 105)<sup>6</sup>, sujeitos, portanto, ao controle de constitucionalidade (alínea “b” do inciso III do artigo 102)<sup>7</sup>. Pode-se

<sup>6</sup> Por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 616-RJ, publicado no *Diário de Justiça* de 13.8.90, o Ministro Cláudio Santos afirmou que: “a lei interna, situada no mesmo plano hierárquico do tratado...”; no mesmo processo, em voto-vista, o Ministro Eduardo Ribeiro assinalou que “inexiste hierarquia entre o tratado e a lei ordinária”.

<sup>7</sup> No Brasil sempre se admitiu o controle de constitucionalidade do tratado, que, após aprovação congressual e promulgação por decreto presidencial, passa a integrar o ordenamento jurídico interno. Na pretérita Constituição de 1967, a alínea b, do inciso III do artigo 119, previa a censura de constitucionalidade do tratado, o que permitiu ao Supremo Tribunal Federal, entre outras hipóteses, apreciar a questão em face da Convenção nº 110, da Organização Internacional do Trabalho, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 33/64 e promulgada pelo Decreto nº 58.826/66. No voto do Relator, Ministro Djaci Falcão, é de ler-se: “Devo assinalar, de início, que as regras acolhidas em Tratado ou Convenção, ratificadas por força de preceito constitucional (no caso art. 66, inc. I, da Constituição de 1946), passam a integrar a legislação interna e, em princípio, devem ser cumpridas na sua inteireza. Digo em princípio, porque não obstante oriundas de instrumento internacional que haja merecido ratificação, não guardam validade na órbita interna se afrontam preceito da Lei Magna. Se por um lado compete ao Poder Legislativo conhecer de Convenção Internacional, para que se transforme em lei (art. 66, I, da Constituição Federal de 1946, art. 49, I, da Constituição Federal vigente), por outro lado, é irrecusável a competência do Poder Judiciário para dizer da constitucionalidade das leis (art. 119, I, letra b, da Constituição Federal). Estão, desse modo, sujeitas ao controle jurisdicional. Como observa Pontes de Miranda: ‘Se o Poder Judiciário julga inconstitucional o tratado, convenção ou acordo, deve o Senado Federal suspender-lhe a execução, e o Presidente da República imediatamente, não ao julgamento, mas à suspensão, denunciá-lo’ (*Com. à Constituição de 1967, E.C. nº 1/69*, tomo III, p. 109)”. Agora, recentemente, o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480-DF, sendo Relator o Ministro Celso de Mello, onde se discute a constitucionalidade da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 68/92 e promulgada pelo Decreto nº 1.855/96. Não se questiona, propriamente, a questão hierárquica dos tratados, mas a incompatibilidade da Convenção em face da

confrontación entre la ley federal y el tratado (*antecedente y/o sobreviniente*). La reflexión sobre el señalado vacío normativo es actual, oportuna y, sobre todo, necesaria, incluso en consideración de la seguridad jurídica que en realidad debería preceder a las relaciones de negociación forjadas en la consecución del modelo integracionista.

A la par de la referida ausencia de normas, la lectura del texto constitucional brasileño revela que los tratados poseen jerarquía equiparada a la ley federal (*línea “a” del inciso III del artículo 105*)<sup>6</sup>, sujetos, por lo tanto, al control de constitucionalidad (*línea “b” del inciso III del artículo 102*)<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> En ocasión del juzgamiento del Recurso Especial nº 616-RJ, publicado en el *Diario de Justicia* del 13.8.90, el Ministro Cláudio Santos afirmó que: “...la ley interna, situada en el mismo plano jerárquico del tratado...”, en el mismo proceso, en voto vista, el Ministro Eduardo Ribeiro apuntó que no existe jerarquía entre el tratado y la ley ordinaria.

<sup>7</sup> En Brasil siempre se admitió el control de constitucionalidad del tratado, que, después de la aprobación del Congreso y promulgación por decreto presidencial, pasa a integrar el ordenamiento jurídico interno. En la antigua Constitución de 1967, línea “b”, del inciso III, del artículo 119, prevenía la censura de constitucionalidad del tratado, lo que permitió al supremo Tribunal Federal, entre otras hipótesis apreciar la cuestión ante la Convención nº 110, de la Organización Internacional del Trabajo, aprobada por Decreto Legislativo nº 33/64 y promulgada por Decreto nº 58.826/66. En el voto del relator, Ministro Djaci Falcão se lee: “Debo señalar, primeramente, que las reglas acogidas en Tratado o Convención, ratificadas por fuerza de precepto constitucional (art. 66, inc. I, de la Constitución de 1946) pasan a integrar la legislación interna y, en principio, deben cumplirse en su integridad. Digo en principio, porque a pesar de ser originarias de instrumento internacional que haya merecido ratificación, no tienen validez en la órbita interna si afrontan precepto de la Ley Magna. Si por un lado compete al Poder Legislativo saber de Convención Internacional, para que se transforme en ley (art. 66, I, de la Constitución Federal de 1946 art. 44, I, de la Constitución Federal vigente) por otro lado es irrecusable la competencia del Poder Judicial para pronunciarse a respecto de la constitucionalidad de las leyes (art. 119, I, letra “b” de la Constitución Federal). Están, de esa manera, sujetas al control jurídico. Como observa Pontes de Miranda: “Si el Poder Judicial juzga inconstitucional el tratado, convención o acuerdo debe el Senado Federal suspender la ejecución y el Presidente de la República inmediatamente, no al juzgamiento, sino a la suspensión, denunciarlo” (*Com. a la constitución de 1967, EC nº 1/69*, tomo III, pág. 109)”. Recientemente el Supremo Tribunal Federal inició el juzgamiento de la Acción Directa de Inconstitucionalidad nº 1480-DF, cuyo Relator es el Ministro Celso de Mello, donde se discute la constitucionalidad de la Convención nº 158 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobada por el Decreto Legislativo nº 68/92 y promulgada por el Decreto nº 1855/96. No se cuestiona propiamente la cuestión jerárquica de los tratados, sino la compatibilidad de la

observar, ainda, que os tratados não mereceram qualquer referência no contexto do processo legislativo (artigo 59). Não se disciplinou, por exemplo, sobre o procedimento de sua votação, revisão e emenda, embora ao Congresso Nacional tenha-se atribuído competência exclusiva para resolver sobre eles definitivamente (inciso I do artigo 49)<sup>8</sup>. Afora a competência privativa do Presidente da República para celebrá-los (inciso VIII do artigo 84), verifica-se que aos tratados foi designado caráter complementar aos direitos e garantias expressos na Constituição (§ 2º do artigo 5º), bem como as causas neles fundadas estão submetidas à competência da Justiça Federal (incisos III e V do artigo 109)<sup>9</sup>.

superveniência da Constituição Federal de 1988, uma vez que o tema “garantia de emprego” deve ser regulado por lei complementar. A questão estaria em que o tratado observa, na sua aprovação, a mesma tramitação da lei ordinária. Embora não haja relação hierárquica entre a lei complementar e a ordinária, há, todavia, particularidade relativa ao “quorum” de votação da matéria, bem como obrigatoriedade de observância da prescrição constitucional, vale dizer, aquilo que foi reservado na Constituição à disciplina da lei complementar, somente por lei complementar poder ser disciplinado. Não se observando essa regra, qualquer que seja a espécie normativa será inconstitucional.

<sup>8</sup> A expressão “resolver definitivamente sobre os tratados” deve ser entendida em termos. A manifestação do Congresso Nacional só é definitiva quando ele recusa a aprovação do tratado. Se ele recusa a aprovação ao tratado, o Executivo fica impedido de ratificá-lo – FRAGA, Mirtô. *Das relações internacionais*. Senado Federal, 1987. p. 26; CRETELLA JÚNIOR J., em seus *Comentários à Constituição de 1988*, Forense, 2. ed. 1992. p. 2532, após assinalar que “é da tradição de nosso direito entregar como sinônimos perfeitos as expressões competência privativa e competência exclusiva...”, critica o vocábulo *resolver* de que se valeu o legislador constituinte à falta de sua tecnicidade, pois “resolver” e “dispor” são termos genéricos estranhos à terminologia técnica do direito público; DE MEDEIROS, A. P. Cachapuz. *O poder de celebrar tratados*. Fábio Ed. 1995. p. 117-118, observa: Todavia, é essa expressão – “resolver definitivamente” – mantida até hoje na Constituição do Brasil e que tem sido considerada como a mais inadequada, posto que a decisão efetivamente definitiva incumbe ao Presidente da República, que pode ou não ratificar os tratados internacionais, depois destes terem sido aprovados pelo Congresso. E conclui, no mesmo diapasão de Mirtô Fraga, que “O Congresso só decide definitivamente sobre um tratado internacional quando resolve rejeitá-lo, ficando, neste caso, o Presidente impedido de sua ratificação”.

<sup>9</sup> Em diversas ocasiões o Poder Judiciário manifestou entendimento sobre a questão da imunidade de jurisdição, convidando consignar que a aceitação do princípio da imunidade absoluta – “par in parem non habet iudicium” – sempre vigeu entre nós “... não por força das Convenções de Viena, que cuidam de imunidade pessoal, mas em homenagem a costumes internacionais”: Apelação Cível nº 07-BA, Relator

Puede observarse, incluso, que los tratados no merecieron referencia alguna en el contexto del proceso legislativo (artículo 59). No se reglamentó, por ejemplo, el procedimiento de su votación, revisión y enmienda, aunque al Congreso Nacional se le haya atribuido la competencia exclusiva para resolver sobre ellos de manera definitiva (inciso I del artículo 49)<sup>8</sup>.

Exceptuando la competencia privativa del Presidente de la República para celebrarlos (inciso VIII del artículo 84), se verifica que a los tratados se les asignó carácter complementario de los derechos y garantías expresados en la Constitución (§ 2º del artículo 5º), y que las causas en ellos fundadas están sometidas a la competencia de la Justicia Federal (incisos III y V del artículo 109)<sup>9</sup>.

Convención de cara a la superveniencia de la Constitución Federal 1988, toda vez que el tema “garantía de empleo” debe ser regulado por ley complementaria. La cuestión estaría en que el tratado observa, en su aprobación, la misma tramitación de la ley ordinaria. Aunque no haya relación jerárquica entre la ley complementaria y la ley ordinaria, hay, sin embargo, particularidad relativa al quorum de votación de la materia, así como obligatoriedad de observancia de la prescripción constitucional. Cabe decir: aquello que fue reservado en la Constitución a la disciplina de la ley complementaria solamente por ley complementaria puede ser regulado. Si no se observa esta regla, cualquier especie normativa será inconstitucional.

<sup>8</sup> La expresión “resolver definitivamente los tratados” debe ser entendida correctamente. La manifestación del Congreso Nacional sólo es definitiva cuando éste niega la aprobación del tratado. En ese caso, el Ejecutivo quedó impedido de ratificarlo – FRAGA, Mirtô. *Seminário Das relações internacionais*. Senado Federal, 1987. p. 26; CRETELLA JÚNIOR, J. *Comentários à Constituição de 1988*. Forense, 1992. p. 2532, después de señalar que “es la tradición de nuestro derecho entregar como sinónimos perfectos las expresiones competencia privativa y competencia exclusiva...”, critica el vocablo “resolver” de que se valió el legislador constituyente por ser falta de tecnicidad, pues “resolver y disponer” son términos genéricos extraños a la terminología técnica del derecho público; MEDEIROS, A. P. Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados*. Fábio Ed. 1995. p. 117-118, observa: No obstante, esa expresión – “resolver definitivamente” – es mantenida hasta hoy en la Constitución del Brasil y ha sido considerada como la más inadecuada, puesto que la decisión efectivamente definitiva incumbe al Presidente de la República, que puede o no ratificar los tratados internacionales, después de éstos haber sido aprobados por el Congreso. Y concluye, en la misma línea de Mirtô Fraga, que “El Congreso sólo decide definitivamente sobre un tratado internacional cuando resuelve rechazarlo, estando el Presidente, en este caso, impedido de ratificarlo”.

<sup>9</sup> En diversas ocasiones el Poder Judicial se manifestó sobre la cuestión de la inmunidad de jurisdicción, conviniendo consignar que la aceptación del principio de la inmunidad absoluta – “par in parem non habet iudicium” – siempre estuvo vigente entre nosotros... “no por fuerza de las Convenciones de Viena, que cuidan de la inmunidad

Diante desse quadro, verifica-se que a participação do Brasil no Mercosul carece de definição constitucional em dois aspectos: a) prevalência ou primazia dos tratados sobre o direito federal infraconstitucional, em razão da ausência de norma de conflito; b) possibilidade de o país submeter-se a uma ordem jurídica supranacional, em razão da explícita submissão do tratado ao controle de constitucionalidade, vale dizer, primazia do direito constitucional interno sobre o direito internacional.

### 3. O TRATADO NO PLANO CONSTITUCIONAL URUGUAIO: AUSÊNCIA DE NORMA DE CONFLITO

Na mesma trilha e à semelhança do que ocorre no Brasil, a realidade constitucional na República Oriental do Uruguai, que, desde a celebração do Tratado de Assunção, integra o Mercado Comum do Sul – Mercosul<sup>10</sup>, sofre da mesma falta de definição explícita, tanto no que concerne à possibilidade de submissão a uma ordem jurídica supranacional, quanto à questão da hierarquia constitucional dos tratados.

Quanto ao primeiro aspecto, atribui-se ao artigo 6º, da Constituição

Ministro Eduardo Ribeiro, acórdão publicado no *Diário de Justiça* de 30.4.90; A discussão em torno do princípio, em sua maioria esmagadora, vinha inserida em questões de natureza trabalhista; com o advento da Constituição Federal de 1988, e em razão de uma paralela discussão em torno do conflito de competência entre a Justiça Federal e a Justiça do Trabalho, o Supremo Tribunal Federal teve ensejo de dar novos rumos à matéria concernente à imunidade de jurisdição nos termos do voto-vista do Ministro Francisco Rezek, proferido na Apelação Cível nº 9.696-3, publicado no *Diário de Justiça* de 24.10.90. Mais recentemente, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 139.671-8, publicado no *Diário de Justiça* de 29.3.96, de que foi Relator o Ministro Celso de Mello, reiterou-se o entendimento anteriormente sufragado na referida Apelação Cível nº 9.696-3, no sentido de “o princípio da imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros tem sofrido temperamentos em face da evolução do direito consuetudinário internacional”. Frise-se, por oportuno, que o Superior Tribunal de Justiça tem sido fiel a essa orientação, mesmo em causas que não versam matéria trabalhista, conforme se verifica, entre outros, no Agravo de Instrumento nº 757-DF, publicado no *Diário de Justiça* de 1.10.90, de que foi Relator o Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira; Apelação Cível nº 14-2, publicado no *Diário de Justiça* em 19.9.94, de que foi Relator o Ministro Pádua Ribeiro.

<sup>10</sup> O Tratado de Assunção foi aprovado, no Uruguai, pela Ley 16.196, de 22.VII.1991, segundo informa PEREZ PEREZ, Alberto. *Constitución de 1967, concordada y anotada*. 2. ed. F.C.U., 1994, t. 1, p. 8.

Frente a ese cuadro y cotejándose lo dispuesto por las Constituciones de Argentina y Paraguay, se verifica que la participación de Brasil en el Mercosur carece de definición constitucional en dos aspectos: (a) preeminencia o primacia de los tratados sobre el derecho federal infraconstitucional, en razón de la ausencia de norma de prioridad; (b) imposibilidad del país de someterse a un orden jurídico supranacional, en razón de la explícita sumisión del tratado al control de constitucionalidad, vale decir, primacia del derecho constitucional interno sobre el derecho internacional, y por qué no decirlo sobre la futura norma comunitaria.

### 3. EL TRATADO EN EL MARCO CONSTITUCIONAL URUGUAYO: AUSENCIA DE NORMA DE PRIMACÍA

La realidad constitucional en la República Oriental de Uruguay, es semejante a lo que ocurre en Brasil ya que desde la celebración del tratado de Asunción integra el Mercado Común del Sur, Mercosur<sup>10</sup>, y sufre de la misma falta de definición explícita, tanto en lo que concierne a la posibilidad de sometimiento a un ordenamiento jurídico supranacional,

personal, sino en homenaje a costumbres internacionales”. Apelación Civil nº 07-BA, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, sentencia en grado de recurso publicado en el *Diario de Justicia* del 30.4.90; el alejamiento de ese principio, en su gran mayoría avasalladora, estuvo presente en cuestiones de naturaleza laboral, con el advenimiento de la Constitución Federal de 1988 y en razón de una discusión paralela en torno del conflicto de competencia entre la Justicia Federal y la Justicia del trabajo, el Supremo Tribunal Federal tuvo oportunidad de dar nuevos rumbos a la materia concerniente a la inmunidad de jurisdicción, en los términos del voto del expresado Ministro Francisco Rezek, en la Apelación Civil nº 9.696-3, publicado en el *Diario de Justicia* del 24.10.90. Más recientemente, por ocasión del juzgamiento del Agravo Regimental en Agravo de Instrumento nº 139.671-8, publicado en el *Diario de Justicia* del 29.3.96, del que fue Relator el Ministro Celso de Mello, se reiteró el pronunciamiento anteriormente emitido en la referida Apelación Civil nº 9.696-3, en el sentido de “el principio de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros ha sufrido atenuaciones frente a la evolución del derecho consuetudinario internacional”. Destáquese que el Superior Tribunal de Justicia ha sido fiel a esa orientación, aun en causas que no versan en materia de trabajo, como se verifica, entre otros, en el Agravo de Instrumento nº 757-DF, publicado en el *Diario de Justicia* del 1.10.90, de que fue Relator el Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira; Apelación Civil nº 14-2, publicado en el *Diario de Justicia* en 19.9.94, del que fuera Relator el Ministro Pádua Ribeiro.

<sup>10</sup> El Tratado de Asunción fue aprobado en Uruguay por la ley 16.196 de 22.7.1991, según informa PEREZ PEREZ, Alberto. *Constitución de 1967 concordada y anotada*. 2. ed. F.C.H., 1994, t. 2, p. 8.

do Uruguai<sup>11</sup> a mesma imprecisão que se imputa ao parágrafo único do artigo 4º da Constituição do Brasil, que, entre nós, tem natureza de norma programática<sup>12</sup>.

A rigor, entretanto, pode-se afirmar que o preceito uruguaio é, ainda, mais tímido quando se limita a expressar que “A República buscará a integração social e econômica”, sem se referir, sequer, à formação de uma comunidade latino-americana de nações, à semelhança do que faz a norma constitucional brasileira.

Ressalte-se, porém, no que tange ao segundo aspecto, que diante dos termos do artigo 256 da Constituição do Uruguai<sup>13</sup>, pode-se aferir, ao menos, a supremacia da norma constitucional em face de todas as demais leis, e, inclusive, em face dos tratados, à medida que sua aprovação e integração (*dos tratados*) no ordenamento jurídico interno perfaz-se com a edição de uma lei<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Art. 6º da Constituição do Uruguai: “A República buscará a integração social e econômica dos Estados latino-americanos, especialmente no que se refere a defesa comum de seus produtos e matérias-primas”. É de ressaltar-se, entretanto, que José Anibal Cagnoni, ao interpretar o referido artigo 6º, “in fine”, da Constituição do Uruguai, entende que a expressão “Asimismo, propondrá a la efectiva complementación de sus servicios públicos” contempla a condição conducente à criação do Mercosul. *El Derecho Constitucional Uruguayo*. Editorial Universidade, p. 34.

<sup>12</sup> Em palestra proferida por ocasião do V Forum Jurídico do Seguro Privado, o Ministro Moreira Alves, sob o título “5. A interpretação da norma programática do artigo 4º da Constituição Federal e a ordem internacional” sublinhou: “É certo que a atual Constituição, em seu artigo 4º, contém uma *norma programática* que encerra os princípios pelos quais, nas suas relações internacionais, o Brasil se rege”; e concluiu: *Igual natureza tem a norma do parágrafo único desse artigo...*

<sup>13</sup> Art. 256 da Constituição do Uruguai: “As leis poderão ser declaradas inconstitucionais por razones de forma ou conteúdo”; importante assinalar que o controle de constitucionalidade pode ser exercido tanto pela via da ação, perante a Suprema Corte de Justiça, como pela via da exceção, em qualquer procedimento judicial; no tipo concentrado não se admite, porém, o exame da constitucionalidade em abstrato; e no difuso, é em tudo semelhante ao brasileiro.

<sup>14</sup> O artigo 83 da Constituição do Uruguai dispõe que o Poder Legislativo será exercido pela Assembléia Geral, que se compõe, segundo o artigo 84, da Câmara de Representantes e da Câmara de Senadores. E o *caput* do artigo 85 estabelece que à Assembléia Geral compete: inciso 7º – “Decretar a guerra e aprovar ou recusar aprovação... aos tratados de paz, aliança, comércio e as convenções ou contratos de qualquer natureza que o Poder Executivo celebre com potências estrangeiras”; segundo José Anibal Cagnoni, a ratificação realiza-se mediante a *edição de uma lei* (op. cit., p. 60).

cuanto a la cuestión de la jerarquía constitucional de los tratados.

En cuanto al primer aspecto, se atribuye al artículo 6º de la Constitución Uruguaya<sup>11</sup>, la misma imprecisión que se imputa al parágrafo único del art. 4º de la Constitución de Brasil, que, entre nosotros, tiene carácter de norma programática<sup>12</sup>.

En rigor, por lo demás, se puede afirmar que el precepto uruguayo es todavía más tímido cuando se limita a expresar que “La República buscará la integración social y económica”, sin referirse siquiera a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones, a semejanza de lo que hace la norma constitucional brasileña.

Cabe resaltar, sin embargo, referente al segundo aspecto que delante de los términos del artículo 256 de la Constitución de Uruguay<sup>13</sup> se puede deducir, la supremacía de la norma constitucional frente a todas las demás leyes, incluso a los tratados en la medida que su aprobación e integración (de los tratados) en el ordenamiento jurídico interno se concluya con la sanción de una ley<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Art. 6º de la Constitución de Uruguay: “La República buscará la integración social y económica de los Estados latinoamericanos, especialmente en lo referente a la defensa común de sus productos y materias primas”. Cabe destacar, no obstante, que José Anibal Cagnoni, al interpretar el referido art. 6º, *in fine*, de la Constitución de Uruguay contempla la condición conducente a la creación del Mercosur, en *El Derecho Constitucional Uruguayo*. Ed. Universidad, p. 34.

<sup>12</sup> En conferencia pronunciada con ocasión del V Forum Jurídico del Seguro Privado, el Ministro Moreira Neves bajo el título “La interpretación de la norma programática del art. 4º de la Constitución Federal y el orden internacional” subrayó: “Es cierto que la actual Constitución en su artículo 4º contiene una norma programática que encierra los principios por los cuales, en las relaciones internacionales, el Brasil se rige” y concluye: “Igual naturaleza tiene la norma del parágrafo único de ese artículo...”.

<sup>13</sup> Art. 256 de la Constitución de Uruguay: “Las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razones de forma o contenido”; es importante señalar que el control de constitucionalidad puede ser ejercido tanto por vía de acción ante la Corte Suprema de Justicia como por vía de excepción, en cualquier procedimiento judicial; en el tipo concentrado no se admite, sin embargo, el examen de constitucionalidad en abstracto; y en el difuso es semejante en todo al brasileño.

<sup>14</sup> El art. 83 de la constitución uruguaya dispone que el Poder Legislativo será ejercido por la Asamblea General, que se compone, segundo el art. 83, de la Cámara de Representantes y de la Cámara de Senadores. E el *caput* del artículo 85 establece que a la Asamblea General compete: inciso 7º, “Decretar la guerra y aprobar o recusar... los tratados de paz, alianza, comercio y las convenciones o contratos de cualquier naturaleza que el Poder Ejecutivo celebre con potencias extranjeras”; según José Anibal Cagnoni, la ratificación se realiza mediante la sanción de una ley – op. cit. p. 60.

Por isso que, na consideração de que a Constituição é a fonte suprema do ordenamento jurídico do Estado uruguaio, o que, frise-se, exsurge da exegese do mencionado artigo 256 combinado com o artigo 239 do mesmo Diploma Constitucional<sup>15</sup>, é de se asseverar, também que, à falta de disciplina expressa no que concerne à hierarquia entre a lei e o tratado, suas respectivas normas equiparam-se<sup>16</sup>.

Quanto ao mais, é de ler-se na Constituição uruguaia que a competência para celebrar tratados é designada ao Presidente da

<sup>15</sup> Art. 239 da Constituição do Uruguai: “À Suprema Corte de Justiça corresponde: 1º) Julgar todos os infratores da Constituição, sem exceção alguma; nas questões relativas aos tratados, pactos e convenções com outros Estados”.

<sup>16</sup> Nesse sentido, confira-se em José Anibal Cagnoni: “Celebrados ou subscritos pelo Poder Ejecutivo, e quando forem ratificados pelo Poder Legislativo, suas normas incorporam-se ao ordenamento jurídico nacional. *A ratificação realiza-se mediante a edição de uma lei, razão pela qual suas normas equiparam-se*, ao entrar em vigor, *às disposições legais*” (op. cit. p. 60). É por demais oportuno mencionar sobre o tema da hierarquia a reflexão do Prof. Heber Arbué Vignali. Após invocar o artigo 4º, da Constituição do Uruguai – “La soberanía en toda su plenitud (interna y externa) existe radicalmente en la Nación” – e esclarecer que esta “soberanía” se ejerce no estabelecimento de normas que “vinculam” a país e as que “regem” o país, ressalta que a atuação e o exercício desse poder soberano se revela de diferentes maneiras. Ao cuidar, propriamente, da hierarquia, e, por conseguinte, do eventual conflito entre as normas internacionais (que vinculam) e o ordenamento jurídico interno (que regem), o Prof. Arbué formula as seguintes hipóteses: (a) se a norma interna em conflito é de hierarquia constitucional, o Juiz nacional deve aplicar a norma constitucional, por ela ser o resultado direto da atividade soberana (interna) do Estado; enfatiza, nessa linha de entendimento, que o Estado deverá, por via de consequência, assumir, no âmbito internacional, a responsabilidade que corresponda à violação direta de uma norma de Direito Internacional, produzida pelo exercício de sua vontade soberana; (b) se a norma interna em conflito “não” é constitucional, ainda que seja anterior ou posterior à norma de Direito Internacional, o Juiz nacional deve fazer prevalecer a norma internacional, porque ela é o resultado de atividade direta da soberania, enquanto que as demais são produto de atividade por ela delegada e, ainda, porque o Estado soberano comprometeu-se livremente a fazer cumprir na ordem interna aquilo que pactuou com seus iguais; se a norma em conflito é “anterior” à de Direito Internacional a incorporação automática desta que é posterior deroga-a, expressa ou tacitamente; se a norma interna em conflito é “posterior” à de Direito Internacional, por ser esta de hierarquia superior àquela, de sua nulidade resulta sua inaplicabilidade – Derecho Internacional Público. *Coleção Jurídica e Social*, v. 49, p. 82-83.

Por eso que, en la consideración de que la Constitución es la fuente suprema del ordenamiento jurídico del Estado Uruguayo, lo que se destaca por aparecer en la exégesis del mencionado art. 256, combinado con el art. 239 de la misma norma constitucional<sup>15</sup>, débese decir, también, de la falta de disciplina expresa en lo concerniente a la jerarquía entre la ley y el tratado, en sus respectivas normas<sup>16</sup>.

Léese en la Constitución uruguaya que la competencia para realizar

<sup>15</sup> Art. 239 de la Constitución de Uruguay: “A la Corte Suprema de Justicia corresponde: 1º) Juzgar a todos los infractores de la Constitución, sin excepción alguna en las cuestiones relativas a los tratados, pactos y convenciones con otros Estados”.

<sup>16</sup> En este sentido véase en José Anibal Cagnoni: “Celebrados o subscritos por el Poder Ejecutivo y cuando fueren ratificados por el Poder Legislativo, sus normas se incorporan al ordenamiento jurídico nacional. La ratificación se realiza mediante la sanción de una ley, razón por la cual sus normas se equiparan al entrar en vigor, a las disposiciones legales” (op. cit. p. 60). Es oportuno mencionar sobre el tema de la jerarquía, la reflexión del Profº Heber Arbué Vignali. Después de citar el artículo 4º de la Constitución de Uruguay – “La soberanía en toda su plenitud (interna y externa) existe radicalmente en la Nación” – y aclarar que esta soberanía se ejerce en el establecimiento de normas que vinculan al país y las que rigen el país, resalta que la actuación y el ejercicio de ese poder soberano se revela de diferentes maneras. Al cuidar, propiamente de la jerarquía y, por consiguiente, del eventual conflicto entre las normas internacionales (que vinculan) y el ordenamiento jurídico interno (que rigen), el Profº Arbué formula las siguientes hipótesis: (a) si la norma interna en conflicto es de jerarquía constitucional, el Juez nacional debe aplicare la norma constitucional, por ser el resultado directo de la actividad soberana (interna) del Estado; en esa línea de entendimiento enfatiza que el Estado deberá, por vía de consecuencia, asumir, en el campo internacional, la responsabilidad que corresponda a la violación directa de una norma de Derecho Internacional, producida por el ejercicio de la voluntad soberana; (b) si la norma interna en conflicto no es constitucional, aunque sea anterior o posterior a la norma de Derecho Internacional, el Juez nacional debe hacer prevalecer la norma internacional, porque es el resultado de una actividad directa de soberanía, en cambio las demás son producto de una actividad por ella delegada y también porque el Estado soberano se comprometió libremente a hacer cumplir en el ordenamiento interno aquello que pactó con sus iguales; si la norma en conflicto es anterior a la del Derecho Internacional, la incorporación automática de ésta que es posterior la deroga ya expresa o tácitamente; si la norma interna en conflicto es posterior a la del Derecho Internacional, por ser ésta de jerarquía superior a aquella, de su nulidad resulta su inaplicabilidad, en *Derecho Internacional Público*. (p. 82-83. Colección Jurídica y Social, v. 49).

República<sup>17</sup>, com a obrigatoriedade de submetê-los à apreciação do Poder Legislativo, para aprovação pelas duas Câmaras (*de Representantes e de Senadores*).

Diante desse quadro normativo-constitucional, resulta que a participação do Uruguai no Mercosul é passível de sofrer as mesmas críticas que se dirige ao Brasil, especificamente no que se refere à falta de definição constitucional explícita da relação hierárquica entre o tratado e a lei, e, ainda, *na perspectiva de uma ordem supranacional*, a questão relativa à primazia do direito constitucional em face do direito internacional.

Por isso, é de toda procedência a preocupação e a recomendação manifestadas pelo Professor Arbuet Vignali<sup>18</sup>, quando, ao tratar das relações entre o direito internacional e o ordenamento jurídico interno, especificamente, na observação de que a Constituição não contempla a primazia do direito internacional, asseverou: “Este é o caminho que entendemos seria conveniente adotar-se no Uruguai numa eventual reforma de sua Constituição, não porque seja necessário, senão por conveniência para maior clareza na busca das soluções”.

#### 4. O TRATADO NO PLANO CONSTITUCIONAL ARGENTINO E PARAGUAIO

Tendo em vista que nos diplomas constitucionais da Argentina e do Paraguai estão bem definidas as questões da submissão a uma ordem jurídica supranacional, bem como a hierarquia constitucional dos tratados, o exame e a respectiva reflexão serão efetuados em conjunto.

No que se refere à questão “ordem jurídica supranacional”, a Constituição da nação argentina permite, expressamente, a aprovação

<sup>17</sup> Art. 168 da Constituição do Uruguai: “Ao Presidente da República, atuando com o Ministro ou Ministros respectivos, ou com o Conselho de Ministros, compete: 2º) Concluir e subscrever tratados, necessitando para ratificá-los da aprovação pelo Poder Legislativo”.

<sup>18</sup> Op. cit., p. 77. No mesmo sentido é a preocupação de Juan Alberto Benitez Gomez, que, muito embora entenda ser um dever do Governo uruguaio buscar a integração social e econômica (não política) com os demais Estados latino-americanos, pondera, na esteira do Prof. Arbuet que: “Evidentemente a forma mais simples e direta de impedir possíveis conflitos entre a ordem jurídica supranacional e a ordem jurídica constitucional, é proceder a reforma da Constituição, de tal forma que autorize os órgãos internos competentes a assumir os compromissos de integração” – *Problemas Tributarios que plantea el Mercosur* – Ed. da Universidad de la Republica, 1993. p. 70.

tratados es designada al Presidente de la República<sup>17</sup> con la obligación de someterlos al parecer del Poder Legislativo para la aprobación de las dos Cámaras (de Diputados y Senadores).

Delante de este cuadro normativo-constitucional resulta que la participación de Uruguay en el Mercosur puede sufrir las mismas críticas que se dirigen al Brasil, concretamente en lo referente a la falta de definición constitucional explícita de la relación jerárquica entre el tratado y la ley en la perspectiva de un orden supranacional en la cuestión relativa a la primacía del derecho constitucional frente al derecho internacional.

Por eso es oportuna la preocupación y la recomendación manifestadas por el Prof<sup>º</sup> Arbuet Vignali<sup>18</sup>, cuando al tratar las relaciones entre el derecho internacional y el ordenamiento jurídico interno, específicamente, en la observación de que la Constitución no incluye la primacía del derecho internacional aseguró: “Este es el camino que entendemos sería conveniente que se adoptase en Uruguay en una posible reforma de su Constitución, no porque sea necesario, sino por la conveniencia para una mayor claridad de la búsqueda de soluciones”.

#### 4. EL TRATADO EN EL MARCO CONSTITUCIONAL ARGENTINO Y PARAGUAYO

Teniendo en vista que en la normativa constitucional de Argentina y Paraguay están bien definidas las cuestiones de sumisión a un orden jurídico supranacional, así como la jerarquía constitucional de los tratados, el examen y la respectiva reflexión serán efectuados en conjunto.

En lo que se refiere a la cuestión del “orden jurídico supranacional”, la constitución de la Nación Argentina permite, expresamente, la

<sup>17</sup> Art. 168 de la Constitución de Uruguay: “al Presidente de la República, actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros, compete: 2º) concluir y suscribir tratados, necesitando para ratificarlos la aprobación del Poder Legislativo”.

<sup>18</sup> En (op. cit. p. 77); en el mismo sentido es la preocupación de Juan Alberto Benitez Gomez que, aunque entienda muy bien que es un deber del Gobierno uruguayo buscar la integración social y económica (no política) con los demás Estados latinoamericanos, pondera con el Prof<sup>º</sup> Arbuet que: “Evidentemente la manera más fácil y directa de impedir posibles conflictos entre el ordenamiento jurídico supranacional y el ordenamiento jurídico constitucional, es proceder a la reforma de la Constitución, de tal forma que autorice a los órganos internos competente, a asumir los compromisos de integración” – en *Problemas tributarios que plantea el Mercosur*. Ed. De la Universidad de la República, 1993. p. 20.

de tratados de integração que deleguem competência e jurisdição a organizações supra-estatais em condições de reciprocidade e igualdade, e que respeitem a ordem democrática e os direitos humanos (inciso 24, do artigo 75)<sup>19</sup>.

Por sua vez, a Constituição Nacional do Paraguai admite a existência de uma ordem jurídica supranacional, desde que, em condição de igualdade com os demais Estados-Partes, garantido o respeito aos direitos humanos, à paz, à justiça e à cooperação e o desenvolvimento nos campos político, econômico, social e cultural (artigo 145)<sup>20</sup>.

Apreadem-se dos respectivos preceitos uma importante observação: em ambos os textos, o reconhecimento de uma ordem jurídica supranacional está vinculada, precipuamente, a uma contrapartida em condição de igualdade com os demais Estados-Partes que venham a integrar uma organização supra-estatal, sendo que a Constituição argentina é, ainda, mais explícita, quando afirma a possibilidade vertente em condição de reciprocidade.

No que pertine à *supremacia dos tratados sobre as leis internas*, as Constituições da Argentina e do Paraguai cuidaram, também, de disciplinar expressamente a questão, conforme se lê nos incisos 22 e 24 do mencionado artigo 75 (Constituição da Nação Argentina) e nos artigos 137 e 141 (Constituição Nacional do Paraguai)<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Inciso 24 do artigo 75 da Constituição argentina: “Aprovar tratados de integração que deleguem competências e jurisdição a organizações supra-estatais em condições de reciprocidade e igualdade, e que respeitem a ordem democrática e os direitos humanos. As normas ditadas em consequência possuem hierarquia superior às leis”.

<sup>20</sup> Artigo 145 da Constituição do Paraguai: “A República do Paraguai, em condições de igualdade com outros Estados, admite uma ordem jurídica supranacional que garanta a vigência dos direitos humanos da paz, da justiça, da cooperação e do desenvolvimento político, econômico, social e cultural. Ditas decisões somente poderão ser tomadas pela maioria absoluta de cada Câmara do Congresso”.

<sup>21</sup> Inciso 22 do artigo 75 da Constituição argentina: “Aprovar e rejeitar tratados concluídos com as demais nações, com as organizações internacionais e os acordos com a Santa Sé. Os tratados e os acordos possuem hierarquia superior às leis. O inciso 24, por sua vez, após enunciar diversos tratados, estabelece que, “em condições de vigência, possuem hierarquia constitucional”; quanto aos demais tratados, desde que observado o requisito de votação por 2/3 das Casas Legislativas, também passam a gozar do referido atributo.

Artigo 137 da Constituição do Paraguai: “A Lei Suprema da República é a Constituição. Esta, os tratados, convênios e acordos internacionais aprovados e ratificados, as leis ditadas pelo Congresso e... integram o direito positivo nacional

aprobación de tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales, en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos (*inciso 24 del artículo 75*)<sup>19</sup>.

A su vez, la Constitución Nacional del Paraguay admite la existencia de un orden jurídico supranacional, siempre en condiciones de igualdad con los demás Estados partes garantizado el respeto a los derechos humanos, a la paz, a la justicia y a la cooperación y al desarrollo en los campos político, económico, social y cultural (*artículo 145*)<sup>20</sup>.

De los respectivos preceptos se deduce una importante observación: en ambos textos el reconocimiento de un orden jurídico supranacional está vinculado, de forma expresa, a una condición de igualdad con los demás Estados partes que vengan a integrar una organización supraestatal, siendo que la Constitución Argentina es, aún, más explícita, cuando afirma la posibilidad agrega la condición de reciprocidad.

En lo referido a la *supremacia de los tratados sobre las leyes internas*, las Constituciones de Argentina y Paraguay también cuidaron de disciplinar expresamente la cuestión, conforme se lee en los incisos 22 y 24 del mencionado artículo 75 (*Constitución de la Nación Argentina*) y en los artículos 137 y 141 (*de la Constitución Nacional del Paraguay*)<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Inciso 24, del artículo 75 de la Constitución Argentina: “Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en consecuencia poseen jerarquía superior a las leyes”.

<sup>20</sup> Artículo 145 de la Constitución del Paraguay: “La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones solamente pondrán ser tomadas por la mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso”.

<sup>21</sup> Inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Argentina: “Aprobar y rechazar tratados concluídos con las demás naciones, con las organizaciones internacionales y los acuerdos con la Santa Sede. Los tratados y los acuerdos poseen jerarquía superior a las leyes”; el inciso 24, después de enunciar diversos tratados de derechos humanos, establece que en condiciones de su vigencia, poseen jerarquía constitucional; en cuanto a los demás tratados, si es observado el requisito de votación por 2/3 de las Cámaras Legislativas, también pasan a gozar del referido atributo. Artículo 137 de la Constitución del Paraguay: La ley suprema de la República es la Constitución. Ésta, los tratados, los convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y... integran el derecho

Não há dúvida, por conseguinte, à luz das referidas Constituições, que o legislador constitucional optou, efetivamente, pela superior hierarquia dos tratados sobre as leis ditadas pelos respectivos Congressos Nacionais, sendo certo que a Constituição argentina foi além, quando conferiu hierarquia constitucional aos tratados<sup>22</sup> mencionados no inciso 22 do artigo 75, bem como estabeleceu que, submetidos a uma votação de 2/3 das Casas Legislativas, os demais tratados podem, também, gozar deste atributo.

##### 5. O TRATADO NO PLANO CONSTITUCIONAL CHILENO E BOLIVIANO

Com o estabelecimento de um Acordo de Livre Comércio entre o Mercosul e o Chile<sup>23</sup>, bem como na iminência de se adotar a mesma providência com relação a Bolívia, parece-nos oportuno examinar a questão em foco também no âmbito constitucional desses dois países.

A Constituição chilena adota como regra que ao Presidente da República compete conduzir as relações políticas com os Estados estrangeiros e organismos internacionais, bem como concluir, firmar e ratificar *tratados*, devendo – *ao submetê-los à aprovação do Congresso* – estabelecer que as discussões e deliberações sejam, ou não, conduzidas em sessão secreta<sup>24</sup>.

na ordem de preferência enunciada.”

Artigo 141 da Constituição do Paraguai: “Os tratados internacionais validamente celebrados, aprovados por lei do Congresso, e cujos instrumentos de ratificação foram trocados ou depositados, formam parte do ordenamento legal interno com a hierarquia que determina o artigo 137.”

<sup>22</sup> Declaração Americana de Direitos do Homem; Declaração Universal de Direitos; Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e seu Protocolo Facultativo; Convenção sobre a Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio; Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; Convenção sobre a Eliminação de Discriminação contra a Mulher; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Penais Cruéis, Desumanos ou Degradantes; Convenção sobre os Direitos da Criança.

<sup>23</sup> O Acordo foi firmado em São Luís, na Argentina, em 25 de junho de 1996 e aprovado pelo Decreto Legislativo nº 96, publicado no *Diário Oficial* da União de 13 de setembro de 1996. Não se tem notícia do decreto de promulgação.

<sup>24</sup> Artigo 32 da Constituição do Chile: “São atribuições especiais do Presidente da República: 17. Conduzir as relações políticas com as potências estrangeiras e organismos internacionais, e finalizar as negociações; concluir, firmar e ratificar

Por consiguiente, no hay duda que a la luz de las referidas Constituciones, el legislador constitucional optó, efectivamente, por la superior jerarquía de los tratados sobre las leyes dictadas por los respectivos Congresos Nacionales, bien es cierto que la Constitución Argentina fue más allá, cuando confirió jerarquía constitucional a los tratados<sup>22</sup> mencionados en el inciso 22, del artículo 75, así como estableció que sometidos a una votación de 2/3 de las Cámaras Legislativas, los demás tratados pueden también gozar de este atributo.

##### 5. EL TRATADO EN EL MARCO CONSTITUCIONAL CHILENO Y BOLIVIANO

Con el establecimiento de un acuerdo de libre comercio entre el Mercosur y Chile<sup>23</sup> así como el inminente acuerdo con relación a Bolivia, nos parece oportuno examinar la cuestión en estudio también desde el ámbito constitucional de ambos países.

La Constitución chilena adopta, como regla, que compete al Presidente de la República conducir las relaciones políticas con los Estados extranjeros y organismos internacionales, así como concluir, firmar y ratificar *tratados*, debiendo – al someterlos a la aprobación del Congreso – establecer que las discusiones y deliberaciones sean conducidas, o no, en sesión secreta<sup>24</sup>.

positivo nacional en el orden de preferencia enunciado.

Artículo 141 de la Constitución del Paraguay: Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso y cuyos instrumentos de ratificación fueron cambiados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el artículo 137.

<sup>22</sup> Declaración Americana de los Derechos del Hombre; Declaración Universal de Derechos; Convención americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Cívicos y Políticos y su Protocolo Facultativo; Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de Discriminación contra la Mujer; Convención contra la Tortura y otros Tratamientos Penales o Cruéis, Deshumanos o Degradantes; Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>23</sup> El acuerdo fue firmado en S. Luis, Argentina, el 25 de junio de 1996 y aprobado por Decreto Legislativo nº 96, publicado en el *Diario Oficial* de la Unión de 13 de septiembre de 1996. No se tienen noticias de la promulgación de dicho Decreto.

<sup>24</sup> Art. 32 de la Constitución de Chile: “Son atribuciones especiales del Presidente de la República: Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y finalizar las negociaciones; concluir, firmar y



Por sua vez, ao disciplinar as atribuições exclusivas do Congresso Nacional<sup>25</sup>, vale dizer, afirmar sua competência para aprovar ou rejeitar tratados, a Constituição chilena estabelece: (a) que os tratados obedecerão a mesma tramitação da lei; (b) os acordos firmados pelo Presidente da República para cumprimento dos tratados *não* requerem nova aprovação, a menos que se trate de matéria própria de lei; (c) ao aprovar os acordos celebrados, o Congresso poderá autorizar o Presidente da República a expedir “disposições com força de lei” que entenda necessário ao cumprimento dos respectivos ajustes internacionais.

O artigo 61<sup>26</sup>, por seu turno, excepciona as matérias que poderão ser objeto da referida delegação, assim como disciplina que a delegação poderá ser concedida com limitações, restrições ou formalidades que entenda convenientes.

Daí resulta que, à luz do regramento enfocado, a Constituição chilena equipara o tratado à lei, pressupondo-se agasalhar a regra da posterioridade nas situações de conflito entre o tratado e a lei superveniente, sendo que, finalmente, por força da conjugação dos seus artigos 80<sup>27</sup> e 82<sup>28</sup>, explicita a superioridade da norma constitucional ao admitir

os tratados que juzgue convenientes aos intereses del país, que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme establece el artículo 50, n° 1. As discussões e deliberações sobre os tratados serão secretas se assim o requerer o Presidente da República.”

<sup>25</sup> Artigo 50 da Constituição do Chile: “1. Aprovar ou rejeitar os tratados internacionais que lhe sejam submetidos pelo Presidente da República antes de sua ratificação. *A aprovação de um tratado obedecerá a tramitação designada à lei.*”

<sup>26</sup> O artigo 61 da Constituição do Chile tem a seguinte redação: “O Presidente da República poderá solicitar autorização ao Congresso Nacional para ditar disposições com força de lei durante prazo não superior a um ano sobre matérias que correspondam ao domínio da lei”. Esta autorização não poderá ser estendida às matérias pertinentes à *nacionalidade, cidadania, eleições e/ou plebiscito*, e tampouco às matérias compreendidas nas *garantias constitucionais* ou que devam ser objeto de lei orgânica constitucional ou de “quorum” qualificado; o artigo 61 estabelece, finalmente, que os “decretos com força de lei estarão submetidos desde sua publicação, vigência e efeitos, às mesmas normas que regem as leis”.

<sup>27</sup> Artigo 80 da Constituição do Chile: “A Corte Suprema, de ofício ou por provocação (petição) da parte, nas matérias de sua competência, ou que fundamentarem recurso perante outra jurisdição ou tribunal, poderá declarar inaplicável para esses casos particulares todo e qualquer preceito legal contrário à Constituição. O recurso poderá ser deduzido em qualquer fase do processo, podendo a Corte ordenar a suspensão do processo.”

<sup>28</sup> Artigo 82 da Constituição do Chile: “2. São atribuições do Tribunal Constitucional:

A su vez, al regular las atribuciones exclusivas del Congreso Nacional<sup>25</sup>, afirmar su conferencia para aprobar o rechazar tratados, la Constitución chilena establece: (a) que los tratados obedecerán a la misma tramitación que la ley; (b) los acuerdos firmados por el Presidente de la República para hacer cumplir los tratados *no* requieren una nueva aprobación, al menos que se trate de materia propia de ley; (c) al aprobar los acuerdos celebrados, el Congreso podrá autorizar al Presidente a expedir disposiciones con rango de ley que considere necesario para cumplir los respectivos ajustes internacionales.

El artículo 61<sup>26</sup>, por su parte, destaca las materias que podrán ser objeto de la mencionada delegación, y regula que la delegación podrá ser concedida con limitaciones, restricciones o formalidades que juzgue convenientes.

De ahí resulta que, a la luz del reglamento analizado, la Constitución chilena equipara el tratado a la ley, presuponiendo arropar la regla de la posterioridad en las situaciones de conflicto entre el tratado y la ley sobreviniente, siendo que, finalmente, y por fuerza de la conjugación de los artículos 80<sup>27</sup> y 82<sup>28</sup>, manifiesta la superioridad de la norma consti-

ratificar los tratados que juzgue convenientes a los intereses del país, que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme establece el art. 50, n° 1. Las discusiones y deliberaciones sobre los tratados serán secretas si así lo requiere el Presidente de la República”.

<sup>25</sup> Art. 50 de la Constitución de Chile: “1. Aprobar o rechazar los tratados internacionales que sean sometidos por el Presidente de la República antes de su ratificación. *La aprobación de un tratado obedecerá a la tramitación designada a la ley.*”

<sup>26</sup> El art. 61 de la Constitución de Chile tiene el texto siguiente: “El Presidente de la República podrá solicitar autorización al Congreso Nacional para dictar disposiciones con rango de ley durante un plazo no superior a un año sobre materias que correspondan al dominio de la ley”. Esta autorización no podrá ser estendida a las materias como *nacionalidad, ciudadanía, elecciones y/o plebiscitos*, y *tampoco* a las materias comprendidas en las *garantías constitucionales* o que deban ser objeto de ley orgánica constitucional o de quorum cualificado; El artículo 61 establece, finalmente, que los “decretos con rango de ley estarán sometidos desde su publicación, vigencia y efectos, a la misma normativa que rige las leyes”.

<sup>27</sup> Art. 80 de la Constitución de Chile: “La Corte Suprema, de oficio o por provocación (petición) de la parte, en las materias de su competencia, o que fundamenten recurso ante otra jurisdicción o tribunal, podrá declarar inaplicable, para los casos particulares, todo y cualquier precepto legal contrario a la Constitución. El recurso podrá ser deducido en cualquier fase del proceso, pudiendo la Corte ordenar la suspensión del mismo”.

<sup>28</sup> Art. 82 de la Constitución de Chile: “2 Son atribuciones del Tribunal constitucional:

expressamente o controle de constitucionalidade sobre todo preceito legal contrário à Carta Magna.

Finalmente, é de se destacar que o artigo 83 da Constituição do Chile prescreve serem as decisões do Tribunal Constitucional irrecorríveis e produzem efeitos *erga omnes*<sup>29</sup>.

No que concerne à Constituição boliviana, os tratados observam a mesma sistemática do concurso de vontades dos Poderes Executivo e Legislativo, ao se atribuir ao Presidente da República competência para negociar e concluir tratados com nações estrangeiras<sup>30</sup>, podendo ratificá-los *após* aprovação congressional<sup>31</sup>.

Pelos termos da alínea *i* do artigo 120 da Carta Magna, verifica-se que na Bolívia, também, há primazia da norma constitucional em conflito com norma de tratado, uma vez que os tratados estão submetidos ao controle de constitucionalidade<sup>32</sup> exercido pelo Tribunal Constitucional.

Não fora isso, é de ler-se que a afirmação vem expressamente cogitada no artigo 228, que estabelece que a “Constituição é a lei suprema do ordenamento jurídico”. O preceito em comento estabelece, ainda, que, nas situações de conflito, a Constituição prefere a lei, e esta prefere quaisquer outras disposições<sup>33</sup>.

De se ressaltar, finalmente, que no tocante à questão da supranacionalidade a Constituição boliviana não cuidou explicitamente

---

Resolver as questões sobre constitucionalidade suscitadas durante a tramitação dos projetos de lei ou de reforma constitucional e dos tratados submetidos à aprovação do Congresso; 3. Resolver as questões que sejam suscitadas sobre a constitucionalidade de um decreto com força de lei.”

<sup>29</sup> Artigo 83 da Constituição do Chile: “Decidido pelo Tribunal que um determinado preceito legal é inconstitucional, a Corte Suprema não poderá declará-lo inaplicável pelo mesmo vício que tenha sido objeto da decisão.”

<sup>30</sup> Artigo 96 da Constituição da Bolívia: “São atribuições do Presidente da República: 2) negociar e concluir tratados com nações estrangeiras, mediante prévia ratificação do Congresso.”

<sup>31</sup> Artigo 59 da Constituição da Bolívia: “São atribuições do Poder Legislativo: 12) Aprovar os tratados, concordatas e convênios internacionais.”

<sup>32</sup> Artigo 120 da Constituição da Bolívia: “É da competência do Tribunal Constitucional conhecer e julgar: i) a constitucionalidade dos tratados ou convênios internacionais celebrados com Estados estrangeiros ou organismos internacionais”.

<sup>33</sup> Artigo 228 da Constituição da Bolívia: “A Constituição Política do Estado é a lei suprema do ordenamento jurídico nacional. Os tribunais, juízes e autoridades aplicá-la-ão com preferência às leis, e estas com preferência a quaisquer outras disposições”.

tucional al admitir expresamente el control de constitucionalidad sobre todo precepto legal contrario a la Carta Magna.

Finalmente, ha de destacarse que el art. 83 de la Constitución de Chile prescribe que las decisiones del Tribunal Constitucional no son recurribles y producen efectos *erga omnes*<sup>29</sup>.

Respecto a la Constitución boliviana los tratados observan la misma sistemática de voluntades por parte del Poder Ejecutivo y Legislativo, al atribuirse al Presidente de la República competencia para negociar y concluir Tratados con naciones extranjeras<sup>30</sup>, pudiendo ser ratificados *después* de aprobados por el Congreso<sup>31</sup>.

Por los términos de la línea I del art. 120, de la Carta Magna se constata que en Bolivia, también hay primacía de la norma constitucional en conflicto con la norma de tratado, toda vez que los tratados están sometidos al control de constitucionalidad<sup>32</sup> ejercido por el Tribunal Constitucional.

Dentro de eso ha de leerse la afirmación que viene expresamente citada en el art. 228, donde se establece que la *Constitución es la ley suprema del ordenamiento jurídico*. El mencionado precepto establece, además, que, en las situaciones de conflicto, la constitución prefiere la ley, y ésta prefiere cualesquier otras disposiciones<sup>33</sup>.

Conviene resaltar, finalmente, que en lo concerniente a la cuestión de la supranacionalidad la Constitución boliviana no cuidó explicitamente

---

resolver las cuestiones sobre constitucionalidad suscitadas durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso; 3 Resolver las cuestiones que sean suscitadas sobre la constitucionalidad de un decreto con rango de ley”.

<sup>29</sup> Art. 83 de la Constitución de Chile: “Decidido por el Tribunal que un determinado precepto legal es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo defecto que haya sido objeto de la decisión”.

<sup>30</sup> Art. 96 de la Constitución de Bolivia “Son atribuciones del Presidente de la República: 2) negociar y concluir Tratados con naciones extranjeras, mediante previa ratificación del Congreso”.

<sup>31</sup> Art. 59 de la Constitución de Bolivia: “Son atribuciones del Poder Legislativo: 12) Aprobar los tratados, concordatas y convenios internacionales”.

<sup>32</sup> Art. 120 de la Constitución de Bolivia: “Es competencia del Tribunal Constitucional conocer y juzgar: i) la constitucionalidad de los tratados o convenios internacionales realizados con Estados extranjeros u organismos internacionales”.

<sup>33</sup> Art. 228 de la constitución de Bolivia: “La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes y éstas con preferencia a cualesquier otras disposiciones”.

do tema, muito embora, ao tratar da “política econômica”, estabeleceu, no artigo 144, que o “programa de desenvolvimento econômico do país realizar-se-á no exercício e com respeito da soberania nacional”.

#### 6. O CONFLITO ENTRE O TRATADO E A LEI EM FACE DA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE DE JUSTIÇA DA ARGENTINA

É importante mencionar que a Suprema Corte de Justiça da Argentina já fixara, antes mesmo da reforma constitucional de 1994, a primazia dos tratados ante o eventual conflito com qualquer norma interna contrária. Entre outros, o eminente Ministro Antonio Boggiano<sup>34</sup> traz à colação os seguintes julgados: “Ekmekdjian, Miguel Angel versus Sofovich, Gerardo y otros”, de 1992; “Fibrica Constructora S.C.A. versus Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, de 1993; “Cafés La Virginia S.A. sobre apelación (por denegación de repetición)”, de 1994.

No aresto *Ekmekdjian* discutia-se, em processo de “amparo”<sup>35</sup>, o exercício de direito de réplica, pois o autor – católico fervoroso – sentiu-se profundamente atingido em seus sentimentos religiosos, em face do pronunciamento de expressões que considerava injuriosas a Jesus Cristo e à Virgem Maria, articulados em um dado programa televisivo.

O autor fundou sua demanda no “Pacto de San José de Costa Rica”, o que permitiu o apelo à jurisdição extraordinária da Corte. Após assinalar, em preliminar, que o fulcro da questão não era a liberdade de imprensa, em sua aceção constitucional, o eminente Relator enfatizou que a controvérsia girava em torno do equilíbrio e harmonia entre direitos de hierarquia constitucional (referia-se à proteção da pessoa no que tange a sua dignidade, honra e intimidade em contraposição ao direito de outro expressar livremente suas idéias através dos meios de comunicação).

Prosseguindo, após tecer judiciosas considerações em torno da

<sup>34</sup> *Introducción al Derecho Internacional* : relaciones exteriores de los ordenamientos jurídicos. La Ley, 1995.

<sup>35</sup> “Amparo” é medida judicial contemplada no artigo 43 da Constituição da Argentina, que estabelece: “Art. 43 – Toda pessoa tem o direito de propor ação de ‘amparo’. sempre que não exista outro meio judicial mais idôneo, contra qualquer ato ou omissão de autoridade pública ou particular, que possa causar dano atual ou iminente, que restrinja, altere ou ameace, com arbitrariedade ou ilegalidade manifesta, direito e/ou garantia reconhecida por esta Constituição, tratado...”.

del tema, por el contrario, al tratar de la *Política Económica* estableció, en el art. 144, que el *programa de desarrollo económico del país se ha de realizar en el ejercicio y con respeto a la soberanía nacional*.

#### 6. EL CONFLICTO ENTRE EL TRATADO Y LA LEY ANTE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA

Es importante mencionar que la Suprema Corte de Justicia de Argentina fijó, incluso antes de la reforma constitucional de 1994, la primacía de los tratados ante el posible conflicto con cualquier norma interna contraria. Entre otros, el eminente ministro Antonio Boggiano<sup>34</sup>, trae a colación los juicios Ekmekdjian, Miguel Angel versus Sofovich, Gerardo y otros, de 1992; Fibrica Constructora S.C.A. versus Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, de 1993; Cafés la Virginia S.A. sobre apelación (por denegación de repetición).

En resolución anterior Ekmekdjian se discutía en proceso de amparo<sup>35</sup>, el ejercicio de derecho a réplica, pues el autor – católico fervoroso – se sintió profundamente herido en sus sentimientos religiosos, ante el pronunciamento de expresiones que consideraba injuriosas a Jesucristo y a la Virgen María, emitidas en un determinado programa televisivo.

El autor basó su demanda en el “Pacto de S. José de Costa Rica” lo que le permitió apelar a la jurisdicción extraordinaria de la Corte. Después de señalar preliminarmente, que el fundamento de la cuestión no era la libertad de imprenta en su acepción constitucional, el eminente Relator enfatizó que la controversia giraba en torno al equilibrio y armonía entre derechos de jerarquía constitucional (se refería a la protección de la persona en lo tocante a su dignidad, honra e intimidad en contraposición al derecho de otro para expresar libremente sus ideas a través de los medios de comunicación).

Prosiguiendo, después de hilvanar judiciosas consideraciones en

<sup>34</sup> En *Introducción al Derecho Internacional* : relaciones exteriores de los ordenamientos jurídicos. La ley. 1995.

<sup>35</sup> Amparo es una medida judicial incluida en el art. 43, de la Constitución de la Argentina, que establece: “Art. 43 – Toda persona tiene el derecho de proponer acción de *amparo*, siempre que no exista otro medio judicial más idôneo, contra cualquier acto u omisión de autoridad pública o particular, que pueda causar daño actual o inminente, que restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiestos, derecho y/o garantía reconocida por esta Constitución, tratado...”.

hipótese vertente, o eminente Relator passou a enfrentar o tema posto no acordão recorrido, que entendeu não auto-aplicável o artigo 14 do Pacto de São José da Costa Rica<sup>36</sup>. Afirmou S. Exa. que o direito de resposta foi introduzido, exatamente, pelo preceito em comento, por força da aprovação e ratificação do multirreferido Pacto.<sup>37</sup>

Assinalou, ainda, que a violação de um tratado pode ocorrer tanto pela *edição* de uma norma interna em sentido contrário, quanto pela *omissão*, ao não se estabelecer uma disposição legislativa que torne possível o seu cumprimento. Invocando o artigo 27 da Convenção de Viena<sup>38</sup>, enfatizou que, a partir de sua entrada em vigor<sup>39</sup>, impôs-se aos órgãos do Estado argentino velar pela primazia do tratado ante o eventual conflito com qualquer outra norma interna em sentido contrário, bem como contra a “omissão de se editar disposições legislativas, cujo efeito equivale ao descumprimento do tratado, nos termos do supra-referido artigo 27.”

E concluiu, com base em precedentes da Corte, que as garantias individuais existem e protegem os indivíduos pelo só simples fato de estar na Constituição e independentemente da edição das leis que regulamentem a norma constitucional.

Na mesma linha de entendimento, e com supedâneo no mesmo artigo 27, da Convenção de Viena, a Suprema Corte de Justiça decidiu o caso *Fibraca*, onde se discutia a questão da imunidade de jurisdição da recorrida (*Comisión Técnica Mixta de Salto Grande – organización intergubernamental*).

Em linhas gerais, a Corte entendeu que a prefalada imunidade exsurgia de um *tratado*, o que, por si só, impunha aos órgãos do Estado argentino reconhecer a sua primazia em face do direito interno. Demais

<sup>36</sup> O art. 14 do Pacto de São José da Costa Rica tem a seguinte redação: “1. Toda pessoa afetada por informações inexatas ou injuriosas emitidas contra si, através dos meios de comunicação legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem o direito de efetuar pelo mesmo órgão de divulgação sua retificação ou resposta nas condições que a lei estabelecer”.

<sup>37</sup> O Pacto foi aprovado pela Lei nº 23.054 e ratificado pela República Argentina em 5 de setembro de 1984.

<sup>38</sup> O artigo 27 da Convenção de Viena tem a seguinte redação: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado”.

<sup>39</sup> A Convenção foi aprovada pela Lei nº 19.865, ratificada em 5 de dezembro de 1972 e encontra-se em vigor desde 27 de janeiro de 1980.

torno a la hipótesis en discusión, el eminente Relator pasó a enfrentar el tema puesto a decisión que entendió no auto-aplicable el art. 14 del Pacto de S. José de Costa Rica<sup>36</sup>. Afirmó, S. Excia., que el derecho de respuesta fue introducido, exactamente, por el precepto comentado, por fuerza de la aprobación y ratificación del ya varias veces referido Pacto<sup>37</sup>.

Señaló, también que la violación de un tratado puede ocurrir tanto por la *sanción* de una norma interna en sentido contrario, como por *omisión*, al no establecerse una disposición legislativa que torne posible su cumplimiento. Invocando el art. 27 de la Convención de Viena,<sup>38</sup> enfatizó que, a partir de su entrada en vigor,<sup>39</sup> se impuso a los órganos del Estado argentino velar por la primacía del tratado ante un eventual conflicto con cualquier otra norma interna en sentido contrario, así como contra la omisión de sancionarse disposiciones legislativas, cuyo efecto equivale al no cumplimiento del tratado en los términos del citado art. 27”.

Y concluyó, basándose en precedentes de la propia Corte, que las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el simple hecho de estar en la constitución e independientemente de la sanción de las leyes que regulan la norma constitucional.

En la misma línea de entendimiento y apoyándose en el mismo art. 27 de la Convención de Viena, la Corte Suprema de Justicia decidió el caso *Fibraca*, donde se discutía la cuestión de la inmunidad de jurisdicción de la recorrida (*Comisión Técnica Mixta de Salto Grande – Organización Intergubernamental*).

En líneas generales, la corte entendió que la referida inmunidad surgía de un tratado, lo que por si solo, imponía a los órganos del Estado argentino reconocer su primacía ante el derecho interno. Además, por

<sup>36</sup> El art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica, tiene el siguiente texto: “1 Toda persona afectada por informaciones inexatas o injuriosas emitidas contra sí, a través de los medios de comunicación legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene el derecho de efectuar por el mismo órgano de difusiones en rectificación o respuesta en las condiciones que la ley establezca”.

<sup>37</sup> El Pacto fue aprobado por la ley nº 23.054 y ratificado por la República Argentina el 5 de septiembre de 1984.

<sup>38</sup> El art. 24, de la Convención de Viena dice lo siguiente: “Una parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el no cumplimiento de un contrato”.

<sup>39</sup> La Convención fue aprobada por la ley nº 19.865, ratificada el 5 de diciembre de 1972 y se encuentra en vigor desde el 27 de enero de 1980.

disso, por haver procedimento arbitral para solução de controvérsias – *tal qual estabelecido no tratado, e em funcionamento o tribunal arbitral respectivo* – não restava vulnerado o direito à jurisdição estatal amparado pela Constituição<sup>40</sup>.

Por fim, no caso *Cafés la Virginia*, julgado dois meses antes da sanção da reforma constitucional de 1994, a Corte manteve-se fiel aos precedentes acima destacados.

No aresto em questão, discutia-se matéria relativa a repetição de indébito tributário, porquanto o Ministério da Economia havia editado uma Resolução que modificava “direitos de importação” (tratava-se de gravame sobre importação de café cru, verde, em grãos, originário do Brasil), cujo alcance estaria em confronto com acordo binacional Brasil-Argentina, assinado em 30.4.83, sob o amparo da Seção III do Tratado de Montevideu, de 1980.

O eminente Relator, como nos demais casos, invocou o multirreferido artigo 27 da Convenção de Viena, para apontar a primazia do tratado em conflito com a norma interna contrária, assinalando, em reforço de sua sustentação, que “... o legislador *não tem atribuição para modificar um tratado por uma lei, e, ainda que pudesse editar uma lei que prescrevesse disposições contrárias a um tratado ou que tornasse impossível seu cumprimento, esse ato legislativo importaria transgressão ao princípio da hierarquia das normas e seria um ato constitucionalmente inválido*”.

Em erudito voto convergente, o eminente Ministro Antonio Boggiano inicia por formular três ordens de indagação: “primeiro, se o referido acordo binacional constitui uma *obrigação internacional*, e, em caso positivo, qual é o seu alcance em face das disposições legislativas internas; segundo, se o país pode, unilateralmente, afastar-se de um compromisso internacional por meio de uma norma interna; e, por fim, se os órgãos do Estado argentino (Executivo, Legislativo e Judiciário) podem, a título de prevenir um ilícito internacional, aplicar

<sup>40</sup> Na fundamentação do voto condutor, invocou-se, ainda, como razão de decidir, o artigo 46, da Convenção de Viena, que estabelece: Art. 46 – “Disposições de direito interno sobre competência para concluir tratados. 1. Um Estado não pode invocar o fato de seu consentimento em obrigar-se por um tratado ter sido manifestado em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, como causa de nulidade de seu consentimento, a não ser que essa violação seja manifesta e diga respeito a uma regra de seu direito interno de importância fundamental”.

existir procedimiento arbitral para la solución de controversias – tal como está establecido en el tratado, y en funcionamiento el tribunal arbitral respectivo – no estaba vulnerado el derecho a la jurisdicción estatal amparado por la Constitución<sup>40</sup>.

Por fin, en el caso “Cafés la Virginia” juzgado dos meses antes de la sanción de la reforma constitucional de 1994, la Corte se mantuvo fiel a los precedentes arriba destacados.

En tal resolución se discutía materia relativa a la repetición de indébito tributario. Ya que el Ministerio de Economía había sancionado una resolución que modificaba los “derechos de importación” (se trataba de un gravamen sobre la importación de café crudo, verde, en granos, originario de Brasil), cuyo alcance estaría enfrentado al acuerdo bilateral Brasil-Argentina, firmado el 30.4.83 bajo el amparo de la Sección III, del Tratado de Montevideo, de 1980.

El eminente Relator, como en los demás casos, invocó, una vez más, el art. 27 de la Convención de Viena, para apuntar la primacía del tratado en conflicto con la norma interna contraria, señalando, para reforzar su argumento que “el legislador no tiene atribución para modificar un tratado por una ley y aunque pudiese sancionar una ley que prescribiese disposiciones contrarias a un tratado o que tornase imposible su cumplimiento, ese acto legislativo comportaría transgresión al principio de la jerarquía de las normas y sería un acto constitucionalmente nulo”.

El ministro Antonio Boggiano, en votación convergente, comienza por formular tres órdenes de indagación: “primero, si el referido acuerdo bilateral constituye una obligación internacional, y, en caso positivo cuál es su alcance ante las disposiciones legislativas internas; segundo, si el país puede, unilateralmente, separarse de un compromiso internacional por medio de una norma interna; y, por fin, si los órganos del Estado argentino (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) pueden, a título de prevenir una ilicitud internacional, aplicar, de manera prioritaria, la norma internacional”.

<sup>40</sup> En la fundamentación del voto condutor, se invocó como razón decisoria, el art. 46 de la Convención de Viena que establece: “Disposiciones de derecho interno sobre competencia para concluir tratados. 1. Un Estado no puede invocar el hecho de su consentimiento en obligarse por un tratado haber sido manifestamente violado en una disposición de su derecho interno de nulidad de su consentimiento a no ser que la violación sea evidente en relación a una regla de su derecho interno de importancia fundamental”.

prioritariamente a norma internacional”.

Ao responder as indagações, o eminente Ministro Boggiano assinalou que se revestiria de “extrema gravidade a hipótese de o Tribunal máximo da Nação estabelecer, como doutrina, a inexistência de imperatividade dos compromissos assumidos pelo país com outras nações estrangeiras...”. Por isso que, enfatizando o caráter imperativo dos compromissos internacionais, o eminente Ministro assinalou que, fosse possível prevalecer o entendimento contrário, isto seria o prenúncio de consequências nefastas, que se projetariam muito além dos limites da composição da lide.

S. Exa. faz, nesse sentido, um raciocínio paralelo sobre as consequências da tese sufragada pelo Fisco argentino – de que os acordos parciais são meramente *indicativos* – no tocante às obrigações contraídas no âmbito do Mercosul. Prosseguindo, após tecer considerações sobre os artigos 46 e 47 do Tratado de Montevideú, O Ministro Boggiano ponderou que a interpretação por ele oferecida era a que melhor se adequava à interpretação dos artigos 31, inciso I, e 26 da Convenção de Viena<sup>41</sup>.

Ressaltou, por conseguinte, que, não obstante a observância da regra de que os tratados devem ser interpretados e cumpridos de boa-fé, é de compreender-se *que é da natureza dos tratados concretizar compromissos e não enunciar bons propósitos*.

Demais disso, S. Exa. salientou que a revogação de um tratado por uma lei violenta a distribuição de competências constitucionalmente postas, quando se sabe – à luz do direito constitucional argentino – que a celebração de um tratado é ato complexo de integração entre o Poder Executivo, que o promove, e o Poder Legislativo, que o aprova.

Daí por que admitir-se a tese da revogação do tratado pela lei seria um “ato inconstitucional” do Poder Legislativo em face das atribuições constitucionais do Poder Executivo, a quem cabe conduzir as relações com Estados estrangeiros.

E anotou, finalmente, entre outras reflexões, a situação de insegurança que ficariam as empresas brasileiras diante do caso vertente, na hipótese de se sustentar tese contrária à primazia da norma internacional.

<sup>41</sup> O Artigo 26 da Convenção de Viena tem a seguinte redação: “Todo tratado em vigor objetiva as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”; e o artigo 31 dispõe: “Um tratado deve ser interpretado de boa-fé, segundo o sentido comum dos termos de tratado em seu contexto e à luz de seu objeto e finalidade.”

Al responder a las indagaciones, el eminente ministro Boggiano señaló que se revestiría de “extrema gravedad la hipótesis del Tribunal máximo de la nación establecer, como doctrina, la inexistencia de imperatividad de los compromisos asumidos por el país con otras naciones extranjeras...”. Por eso que, enfatizando el carácter imperativo de los compromisos internacionales, el prominente ministro reseñó que, si fuera posible la prevalencia del entendimiento contrario, sería el preludio de consecuencias nefastas que se proyectarían mucho más allá de los límites de la composición del litigio.

S. Excia. hace, en este sentido, un razonamiento paralelo a las consecuencias que se derivarían de la tesis defendida por el Fisco argentino – *de que los acuerdos parciales son meramente indicativos* – en lo tocante a las obligaciones contraídas en el ámbito del Mercosur. Prosiguiendo, después de algunas consideraciones sobre los arts. 46 y 47 del Tratado de Montevideo, el ministro Boggiano ponderó que la interpretación por él ofrecida era la que mejor se adecuaba a la interpretación de los artículos 31, inciso I y 26, de la Convención de Viena<sup>41</sup>.

Resaltó, en consecuencia, que, no obstante, la observación de la regla de que los tratados deben ser interpretados y cumplidos de buena fé, entiéndase que *es naturaleza propia de los tratados concretizar compromisos y no enunciar buenos propósitos*.

Destacó S. Excia., además, que la acción de revocar un tratado por una ley violenta la distribución de competencias constitucionalmente puestas sabiendo – a la luz del derecho constitucional argentino – que la celebración de un tratado es un acto complejo, de integración ante el Poder Ejecutivo que lo promueve, y el Poder Legislativo, que lo aprueba.

Admitir, portanto, la tesis de la nulidad de un tratado por la ley, sería un acto inconstitucional del Poder Legislativo frente a las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo, al cual cabe conducir las relaciones con los Estados extranjeros.

Y, finalmente anotó entre otras reflexiones la situación de inseguridad en que quedarían las empresas brasileñas delante del presente caso en discusión en la hipótesis de mantenerse la tesis contraria a la primacía de la norma internacional.

<sup>41</sup> El art. 26 de la Convención de Viena dice lo siguiente: “Todo Tratado en vigor objetiva las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fé”; y el art. 31 dispone: “Un tratado debe ser interpretado de buena fe, según el sentido común de los términos de los tratados en su contexto y a la luz de su objeto y finalidad”.

## 7. O CONFLITO ENTRE O TRATADO E A LEI EM FACE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

E como transportar essa inquietude (que não aflige somente o espírito, mas todos os negócios e as relações jurídicas celebradas ou por celebrar sob a orientação e estímulo do Tratado de Assunção e dos Protocolos que se lhe seguiram), para o nosso direito positivo constitucional?

Com o fito de dimensionar o campo de abordagem da matéria, tomemos como ponto de partida exclusivamente a questão aqui proposta do regime constitucional dos tratados.

De início é de ler-se na sempre oportuna lição de Francisco Rezek que o primado do direito das gentes sobre o direito nacional do Estado soberano é, ainda hoje, uma proposição doutrinária. Afirmou, por conseguinte, que não há, em direito internacional positivo, norma assecuratória de tal primado<sup>42</sup>.

A reflexão passa, necessariamente, pela velha discussão entre monistas – o direito interno e o internacional são dois ramos de um mesmo sistema jurídico – e dualistas – o direito interno e o direito internacional são dois sistemas distintos, separados e independentes. Entre os monistas, adverte H. Accioly e G. E. Nascimento e Silva<sup>43</sup>, há os que sustentam o primado do direito internacional em confronto com o direito interno e os que sufragam a primazia do direito interno em divergência com o direito internacional.

Verificando-se que a doutrina não se coloca em posição uníssona ou harmonizada no que pertine ao primado do direito internacional sobre o direito interno, e vice-versa, verifiquemos a postura da jurisprudência em face do tema em foco, até para aferir-se a eventual correspondência com o direito positivo constitucional de nossos parceiros no Mercosul.

A pesquisa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revela que, ao longo de sua história, na questão da hierarquia dos tratados, ou na hipótese versada da primazia nas situações de confronto entre a lei e o tratado (antecedente ou superveniente), há sinais positivos de que a Excelsa Corte entende, pelo menos nos casos mais recentes, que, em sede de conflito, *prevalece a norma mais atual*.

À mingua de regramento ou disciplina hierárquica entre o tratado

<sup>42</sup> *Direito Público Internacional* : curso elemental. 6. ed. Saraiva, 1996. p. 103.

<sup>43</sup> ACCIOLY, Silva. op. cit., p. 60.

## 7. EL CONFLICTO ENTRE EL TRATADO Y LA LEY FRENTE A LA JURISPRUDENCIA DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

¿Cómo transportar esa inquietud (*que no aflige solamente el espíritu sino a todos los negocios y las relaciones jurídicas celebradas, o por celebrar, bajo la orientación y el estímulo del Tratado de Asunción y de los Protocolos que le siguieron*), para nuestro derecho positivo constitucional?

Con el objetivo de acatar el campo de abordaje de la materia, tomemos como punto de partida, exclusivamente, la cuestión aquí propuesta sobre régimen constitucional de los tratados.

De entrada, léase en la siempre oportuna lección de Francisco Rezek, la primacía del derecho de gentes sobre el derecho nacional del estado soberano es, aún hoy, una proposición doctrinaria. No hay, por consiguiente, en el derecho internacional positivo, norma que determine tal primacía<sup>42</sup>.

La reflexión pasa necesariamente por la vieja discusión entre monistas – *el derecho interno e internacional son dos ramos de un mismo sistema jurídico* – y dualistas – *el derecho interno y el derecho internacional son dos sistemas distintos, separados e independientes*. Entre los monistas, advierte H. Accioly e G. E. Nascimento e Silva<sup>43</sup>, hay los que sustentan la preeminencia del derecho internacional frente al derecho interno, y los que apoyan la primacía del derecho interno ante el derecho internacional.

Verificándose que la doctrina no se coloca en posición unísona o armonizada, en lo concerniente a la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, o viceversa, verifiquemos la postura de la jurisprudencia frente al tema en análisis, hasta para que se confirme la eventual correspondencia con el derecho positivo constitucional de nuestros socios en el Mercosur.

La investigación de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal revela que, a lo largo de su historia, la cuestión de la jerarquía de los tratados, o la hipótesis sobre la primacía en las situaciones de confrontación entre la ley y el tratado (*antecedente o superveniente*), hay señales positivas de que la excelsa Corte entiende, por lo menos en los casos más recientes, que en caso de conflicto, *prevalece la norma más actual*.

La falta de reglamentación de la disciplina jerárquica entre el tratado

<sup>42</sup> En *Derecho Público Internacional* : curso elemental. 6. ed. Saraiva, 1996. p. 103.

<sup>43</sup> En (op. cit., p. 60).

e a lei, e, ainda, na convicção de que à luz da Constituição de 1988, e das passadas, sempre se entendeu que o tratado à lei se equipara, seria possível afirmar que a questão encontraria resposta, *de lege lata*, no § 1º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, ou simplesmente no aforisma *Lex Posterior Derogat Priori*.

Entretanto, a questão mostra-se, ainda, controversa, pelo menos no tocante à *revogação*, muito embora pacificada no que respeita à prevalência da norma posterior.

Senão vejamos. Por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 71.154-Paraná, publicado no *Diário da Justiça* de 25.8.71, de que foi relator o Ministro Oswaldo Trigueiro, enfrentou-se a questão da revogação da lei interna por tratado superveniente, tendo S.Exa. mencionado três precedentes da Corte, no sentido do primado do tratado em face da lei anterior.

Mencionou-se, por exemplo, que no julgamento da Apelação Cível nº 9.587, em 21.8.51, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “o tratado revoga as leis que lhe são anteriores: não pode, entretanto, ser revogado pelas posteriores, se estas não o fizerem expressamente ou se não o denunciarem”. O mesmo ponto de vista foi adotado na Apelação Cível nº 7.872, julgada em 11.10.73, bem como no Recurso Extraordinário nº 58.713, audiência de publicação em 19.12.66.

O eminente Ministro Oswaldo Trigueiro advertiu, contudo, que, *dadas as peculiaridades dos casos invocados*, parece certo que o Supremo Tribunal ainda não firmou orientação de que, do ponto de vista jurisprudencial, se tenha como terminativa a controvérsia, para concluir em seu voto que, “em virtude dos preceitos constitucionais anteriormente citados, a definitiva aprovação do tratado, pelo Congresso Nacional, revoga as disposições em contrário da legislação ordinária”.

Mais recentemente, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência* nº 83/809, de que foi relator para o acórdão o Ministro Cunha Peixoto, prevaleceu, por maioria, o entendimento de que a lei posterior – em conflito com o tratado – sobre este prevalece, uma vez que não há no plano constitucional preceito que afirme grau de hierarquia entre o tratado e a lei, e vice-versa.

Na condução do voto majoritário é de ler-se que a Corte adotava entendimento de que a prevalência do tratado ante a lei posterior só se

y la ley e incluso, en la consideración de que a la luz de la Constitución de 1988, y de las anteriores, siempre se entendió que el tratado se equipara a la ley, sería posible afirmar que la cuestión encontraría respuesta, *de lege lata*, en el § 1º de artículo 2º de la Ley de Introducción al Código Civil, o simplemente en el aforismo *lex posterior derogat priori*.

Sin embargo, la cuestión se muestra, aún, controversa, por lo menos en lo relativo a la *revocación*, aunque menos tensa en lo que respecta al prevalecimiento de la norma posterior.

Veamos, pues. En ocasión del juzgamiento del Recurso Extraordinario nº 71.154-Paraná, publicado en el *Diario de Justicia*, del 25.8.71, del que fue Relator el ministro Oswaldo Trigueiro, se enfrentó la cuestión de la revocación de la ley interna por tratado superveniente, habiendo S. Excia. mencionado tres precedentes de la Corte, en el sentido de la primacía del tratado frente a la ley anterior.

Se mencionó, por ejemplo, que en el juzgamiento de la Apelación Civil nº 9587, en 21.8.51, el Supremo Tribunal Federal decidió que “el tratado revoca las leyes que le son anteriores: no puede, sin embargo, ser revocado por las posteriores, si éstas no lo hicieren expresamente o si no lo denunciaren”. El mismo punto de vista fue adoptado en la Apelación Civil nº 7872, juzgada el 11.10.73 así como el Recurso Extraordinario nº 58.713, audiencia de publicación el 19.12.66.

El eminente ministro Oswaldo Trigueiro, advirtió, no obstante, que, *dadas las peculiaridades de los casos invocados*, parece claro que el Tribunal Supremo todavía no firmó orientación para que desde el punto de vista de la jurisprudencia, se tenga por zanjada la controversia, concluyendo en su voto que, en virtud de los preceptos constitucionales anteriormente citados, la aprobación definitiva del tratado por el Congreso Nacional, revoca las disposiciones en contra de la legislación ordinaria.

Recientemente, en ocasión del juzgamiento del Recurso Extraordinario nº 80.004, publicado en la *Revista Trimestral de Jurisprudencia* nº 83/809, del que fuera Relator el ministro Cunha Peixoto, prevaleció, por mayoría, el entendimiento de que la ley posterior – *en conflicto con el tratado* – prevalece sobre éste, ya que no hay en el marco constitucional precepto que afirme grado de jerarquía entre el tratado y la ley y viceversa.

En la conducción del voto mayoritario se lee que la Corte entendía que la prevalencia del tratado ante la ley posterior sólo se da en el campo



dá no campo tributário, por força do artigo 98 do Código Tributário Nacional<sup>44</sup> – trata-se de norma específica e jamais de um princípio de ordem geral –, até porque “Se a lei ordinária não pudesse, pela Constituição, revogar a que advém de um tratado, não seria necessário dispositivo expreso de ordem tributária” (voto do Relator).

Do ponto de vista tributário, prelecionava o Ministro Aliomar Baleeiro, precípua é a importância dos tratados de comércio com recíprocas concessões em matéria alfandegária, porque, nesses casos, as cláusulas negociadas substituem as alíquotas da Tarifa Aduaneira, formando a chamada Tarifa Convencional.<sup>45</sup> Transportando a lição do saudoso mestre para o plano do Mercosul, pode-se afirmar que tudo que diga respeito à Tarifa Externa Comum–TEC, prepondera sobre a lei (*antecedente ou superveniente*), vale dizer, “em matéria tributária, o direito positivo brasileiro possui norma de conflito”, fazendo prevalecer os dispositivos do tratado sobre a lei em vigor, bem como sobre as que lhe sobrevenha.

Esclareça-se, entretanto, que a primazia não se estabelece em face da Constituição, mais especificamente nos casos de emenda constitucional superveniente, que introduza novel hipótese de incidência de tributo<sup>46</sup>. O sentido que se dá à primazia, nessa linha teleológica, abrange, tão-somente, a lei ordinária e os regulamentos.

No particular, e em breve digressão, é de se registrar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido que mesmo a

tributario, por fuerza del art. 98 del Código Tributario Nacional<sup>44</sup> – tratase de una norma especifica y jamás de un principio de orden general – porque “Si la ley ordinaria no pudiese, por la Constitución, revocar la que proviene de un tratado, no sería necesaria una disposición expresa de índole tributaria” (voto del relator).

Desde el punto de vista tributario, según el ministro Aliomar Baleeiro, es primordial la importancia de los tratados de comercio con concesiones reciprocas en materia aduanera, porque en esos casos las cláusulas negociadas substituyen las alícuotas de la Tarifa Aduanera, formando la llamada Tarifa Convencional<sup>45</sup>. Transportando la lección del mencionado maestro para el marco del Mercosur, se puede afirmar que todo lo relacionado a la Tarifa Externa Común TEC, prepondera sobre la ley (*antecedente o sobreviniente*); cabe decir, *en materia tributaria*, que *el derecho positivo brasileño posee norma de preeminencia*, haciendo prevalecer los dispositivos del tratado sobre la ley en vigor, y también sobre las que le sobrevengan.

Débase aclarar, sin embargo, que la primacía no se establece frente a la Constitución, más específicamente, en los casos de enmienda constitucional superviniente que introduzca la hipótesis de incidencia de tributo<sup>46</sup>. El sentido que se da a la primacía en esa línea teleológica, abarca solamente la ley ordinaria y los reglamentos.

En el caso particular y en breve resumen ha de registrarse que la jurisprudencia del Supremo Tribunal de Justicia ha entendido que incluso

<sup>44</sup> O artigo 98 do Código Tributário Nacional tem a seguinte redação: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

<sup>45</sup> *Direito Tributário brasileiro*. 10. ed. Forense, 1981. p. 411.

<sup>46</sup> Entre outros, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 109.173-SP, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o tratado não prevalece, *jamais*, sobre o texto constitucional. No voto do Relator, Ministro Carlos Madeira, é de ler-se que: “Hierarquicamente, tratado e lei situam-se *abaixo* da Constituição Federal. Consagrar-se que um tratado deve ser respeitado, mesmo que colida com o texto constitucional, é imprimir-lhe situação superior à própria Carta Política”. E, conclui S. Exa., com fundamento em Carlos Maximiliano: “a Constituição é a lei suprema do país, contra a sua letra, ou espírito, ‘não prevalecem’ resoluções dos poderes federais, constituições, decretos ou sentenças federais, *nem tratados*, ou quaisquer outros atos diplomáticos”. No mesmo sentido, votou o eminente Ministro Celio Borja: “Tal como S.Exa., tenho que *nenhum tratado prevalece sobre a Constituição...*” (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, nº 121, p. 270-276).

<sup>44</sup> El art. 98 del Código Tributario nacional tiene la siguiente redacción: “Los tratados y las convenciones internacionales revocan o modifican la legislación tributaria interna, y serán observados por la que les sobrevenga”.

<sup>45</sup> En *Derecho tributario brasileiro*. 10. ed. Forense, 1981, p. 411.

<sup>46</sup> Entre otros, el Supremo Tribunal Federal al juzgar el Recurso Extraordinario nº 109.173-SP, entendió que el tratado no prevalece jamás sobre el texto constitucional. En el voto del Relator, ministro Carlos Madeira, se lee que: “Jerárquicamente, tratado y ley se sitúan debajo de la Constitución Federal. Aceptar que un tratado debe ser respetado, incluso en confrontación con el texto constitucional, es imprimirle una situación superior a la propia Carta Política”. Y concluye S. Excia., fundándose en Carlos Maximiliano: “La Constitución es la ley suprema del país, contra su letra, o espíritu, no prevalecen resoluciones de los poderes federales, constituciones, decretos o sentencias federales, ni tratados o cualesquier otros actos diplomáticos”. En el mismo sentido votó el eminente ministro Celio Borja: “Tal como S.Excia., considero que ningún tratado prevalece sobre la Constitución...”. (*Revista Trimestral de Jurisprudencia*, n. 121, p. 270-276).

Emenda Constitucional – no caso, a Emenda Constitucional 23/83, que atribuiu competência aos Estados e ao Distrito Federal para instituir o imposto sobre circulação de mercadorias sobre produtos importados – não revogou o artigo 98 do Código Tributário Nacional. Entre outros, Recurso Especial nº 1.532-SP<sup>47</sup> e Recurso Especial nº 3.143-SP<sup>48</sup>, publicados, respectivamente, na *Revista do Superior Tribunal de Justiça* nº 16, de 1990, págs. 520/526 e 531/535.

Entretanto, ao julgar o Recurso Especial nº 37.065-PR, relativo à isenção do Adicional de Frete para Marinha Mercante – AFRMM, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, por sua Primeira Turma, Relator

<sup>47</sup> O Recurso Especial nº 1.532-SP tem a seguinte ementa: “A Emenda Constitucional nº 23/83 não revogou o art. 98 do CTN e a legislação estadual. Mercadoria importada de país signatário do Gatt é isenta de ICM, caso o mesmo ocorra com produto nacional similar”. No voto do Ministro Vicente Cernicchiaro é de ler-se: “A Emenda Constitucional porque modifica a Constituição, ‘hierarquicamente’, coloca-se acima da lei ordinária e dos tratados internacionais. E em sendo posterior revoga-a e lhes cassa a eficácia. Se anterior, a lei será inconstitucional e o tratado não ganha vigência interna”.

<sup>48</sup> O Recurso Especial nº 3.143-51 tem a seguinte ementa: “Tributário. ICM. Importação de produto cujo similar nacional goza de isenção do imposto. Lei nº 3.991/83, do Estado de São Paulo, que instituiu o tributo com base na competência explicitada e ampliada pela EC nº 23/83, ao aditar o § 11 do art. 23 da CF/67. Diploma legal que há de ser interpretado em consonância com o princípio da equivalência de tratamento fiscal, consagrado no texto do Gatt (Parte II, art. III), por força do qual as isenções tributárias que contemplam o similar nacional devem ser estendidas ao produto importado de países signatários do Tratado em apreço, sob pena de ofensa ao art. 98 do CTN. Precedentes do STF. Recurso provido”. No voto do Ministro Ilmar Galvão é de ler-se: “... controvérsia em torno da questão de saber-se se os tratados, como fonte de direito tributário, prevalecem, ou não, sobre o direito interno, mormente o dos Estados-membros. Com arrimo em prestigiosos doutrinadores, sustentam os Estados, em prol da negativa, que a primazia, para ser reconhecida, haveria de estar agasalhada na Constituição Federal, o que não acontece entre nós, onde os tratados e convenções celebrados pelo Poder Executivo Federal, após o referendo do Congresso Nacional, passam a integrar o direito interno ao mesmo nível hierárquico das leis ordinárias. Assim, os eventuais conflitos envolvendo tratado e lei federal hão de ser solucionados com base no princípio ‘lex posterior derogat legi priori’. Corrente não menos ilustrada sustenta, ao contrário, a prevalência dos tratados sobre a legislação interna, quando mais não seja, no campo do direito tributário, onde se projeta o art. 98 do CTN dispondo enfaticamente que os tratados e as convenções internacionais modificam a legislação interna e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

la Enmienda Constitucional 23/83 que atribuye competencia a los Estados y al Distrito Federal para instituir el impuesto de circulación de mercancías sobre productos importados – no revocó el art. 98, del Código Tributario Nacional. Entre otros, Recurso nº 1532-SP<sup>47</sup> y Recurso Especial nº 3.143-SP<sup>48</sup> publicados, respectivamente, en la *Revista del S. Tribunal de Justicia* nº 16, 1990, p. 520/526 y 531/535.

Sin embargo, al juzgar el Recurso Especial nº 37.065-PR relativo a la exención del Adicional de Flete para la Marina Mercante – AFRMM, decidió el Superior Tribunal, Relator el ministro Demócrito Reinaldo,

<sup>47</sup> El Recurso Especial nº 1.532-SP tiene la siguiente enmienda: “La Enmienda Constitucional nº 23/83 no revocó (anuló) el art. 98 del CIN y la legislación de los Estados. La mercancía importada de un país firmante del Gatt está exenta de ICM, siempre que tenga el mismo trato un producto similar nacional”. En el voto del ministro Vicente Cernicchiaro, puede leerse: “La Enmienda Constitucional, porque modifica la Constitución jerárquicamente, se coloca por encima de la ley ordinaria y de los tratados internacionales. Siendo posterior la revoca y les impide la eficacia. Siendo anterior, la ley será inconstitucional y el tratado no gana vigencia interna”.

<sup>48</sup> El Recurso Especial nº 3.143-51 contiene la siguiente enmienda: “Tributario. ICM. Importación de producto cuyo similar nacional está exento de impuesto. Ley nº 3.991/83, del Estado de São Paulo, que instituyó el tributo basándose en la competencia explícita y ampliada por la EC nº 23/83 al añadir el § 11 del art. 23 de la CF/67. Norma legal que ha de ser interpretada en consonancia con el principio de la equivalencia de tratamiento fiscal, consagrado en el texto del Gatt (Parte II, art. III) por motivo del cual las exenciones tributarias que incluyen el similar nacional deben ser extendidas al producto importado de países firmantes del tratado, bajo pena de violar el art. 98 del CTN. Precedentes del STF. Recurso provido”. En el voto del ministro Ilmar Galvão léese: “... controversia en torno de la cuestión de saberse si los tratados, como fuente de derecho tributario, prevalecen, o no, sobre el derecho interno, principalmente el de los Estados miembros. Basándose en prestigiosos doctrinarios, sustentan los Estados, en pro de la negativa, que la primacía para ser reconocida tendría que estar arropada por la Constitución Federal, lo que no ocurre entre nosotros, donde los tratados y convenciones efectuados por el Poder Ejecutivo Federal, después de refrendados por el Congreso Nacional, pasan a integrar el derecho interno al mismo nivel jerárquico de las leyes ordinarias. Así, los posibles conflictos entre los tratados y la ley federal han de ser solucionados sobre la base del principio ‘lex posterior derogat legi priori’. Por el contrario otra corriente, no menos ilustrada, sustenta, la prevalencia de los tratados sobre la legislación interna, respetando el campo del derecho tributario, donde se proyecta el art. 98 del CTN que dispone enfaticamente que los tratados y las convenciones internacionales modifican la legislación interna y serán observados por la que les sobrevenga”.

o Ministro Demócrito Reinaldo, que: “Tributário. Isenção do AFRMM em relação a mercadorias importadas sob a égide do Gatt. Impossibilidade. 1. O mandamento contido no artigo 98 do CTN não atribui ascendência às normas de direito internacional em detrimento do direito positivo interno, mas, ao revés, posiciona-as em nível idêntico, conferindo-lhe efeitos semelhantes. 2. O artigo 98 do CTN, ao preceituar que tratado ou convenção não são revogados por lei tributária interna, refere-se aos acordos firmados pelo Brasil a propósito de assuntos específicos e só é aplicável aos tratados de natureza contratual. 3. Se o ato internacional não estabelecer, de forma expressa, a desobrigação de contribuições para a intervenção no domínio econômico, inexistente isenção pertinente ao AFRMM. 4. Recurso a que se nega provimento. 5. Decisão indiscrepante”<sup>49</sup>.

<sup>49</sup> No voto do Relator é de se destacar as seguintes passagens: “Segundo entendo, a isenção perseguida tem por substrato fático a importação de produto que decorra de ato internacional subscrito pelo Brasil, ou seja, a importação que constitua objeto específico da avença firmada entre os signatários”; “justamente por essa especificidade são eles doutrinariamente conceituados como tratados contratuais, em oposição aos tratados-leis ou normativos, cuja função precípua é traçar regras *gerais* disciplinadoras das relações comerciais entre os co-pactantes. A importância desta diferenciação transcende o campo doutrinário, refletindo-se sobremaneira no deslinde da controvérsia, principalmente no que respeita à alegada violação do artigo 98 do CTN, assim vazado: ‘Art. 98 – Os tratados e convenções internacionais revogam e modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenga’. Ora, de sua dicção não é lícito supor a irrevogabilidade de convenções e tratados, recepcionados pelo direito interno, ante a superveniência de legislação que regule a matéria de modo diverso. Tal interpretação conduziria à inconstitucionalidade da norma, porquanto significasse iníqua restrição à competência primeira do Poder Legislativo. A correta exegese da parte final do dispositivo foi traçada pela Suprema Corte, nos seguintes termos: ‘Como se verifica, o dispositivo refere-se a tratados e convenções. Isto porque os tratados podem ser normativos, ou contratuais. Os primeiros traçam regras sobre pontos de interesse geral, empenhando o futuro pela admisão de princípio abstrato, no dizer de Tito Fulgencio. Contratuais são acordos entre governantes acerca de qualquer assunto. O contratual é, pois, título de direito subjetivo. Daí o art. 98 declarar que tratado ou convenção não é revogado por lei tributária interna. É que se trata de um contrato, que deve ser respeitado pelas partes. Encontra-se o mesmo princípio na órbita interna, no tocante à isenção, em que o art. 178 do Código Tributário Nacional proíbe sua revogação, quando concedida por tempo determinado. É que houve um contrato entre a entidade pública e o particular, que, transformado em direito subjetivo, deve ser respeitado naquele período’ (RTJ,

que: “Tributario. Exención del AFMM en relación a las mercancías importadas bajo la protección del Gatt. Imposibilidad. 1. El mandato del art. 98 del CTN no atribuye ascendencia a las normas de derecho internacional en detrimento del derecho positivo interno, al revés, las posiciona en idéntico nivel, y las concede efectos semejantes. 2. El art. 98 del CTN, al estipular que tratado o convención no son revocados por ley tributaria interna, refiérese a los acuerdos firmados por Brasil a propósito de asuntos específicos y sólo es susceptible de aplicar a los tratados de naturaleza contractual. 3. Si el acto internacional no establece, de forma expresa, la falta de obligación de contribuciones para la intervención en el dominio económico, no existe exención pertinente al AFRMM. 4. Recurso al que se niega provimento. 5. Decisión no discrepante”<sup>49</sup>.

<sup>49</sup> En el voto del Relator han de destacarse los siguientes párrafos: “Según entiendo, la exención tiene como substrato fáctico la importancia de un producto a consecuencia de un acto internacional subscrito por Brasil, o sea, la importación que constituya objeto específico del acuerdo firmado entre los socios”; “Justamente por esa especificidad, son doctrinariamente conceptuados como tratados contractuales, en oposición a los contratos, ley o normativos, cuya función principal es trazar reglas *generales* disciplinares de las relaciones convencionales entre los co-pactantes”. La importancia de esta diferenciación transcende el campo doctrinario, y se refleja sobremanera en el tenor de la controversia, principalmente respecto a la alegada violación del art. 98 do CTN así expuesto: ‘Art. 98 – Los tratados y convenciones internacionales revocan o modifican la legislación tributaria interna y serán observados por la que les sobrevenga’. Obsérvese que de su dicción no es lícito suponer que convenciones y tratados sean irrevocables, recepcionados por el derecho interno, ante el advenimiento de la legislación que regule la materia de modo diverso. Tal interpretación conduciría a la inconstitucionalidad de la norma, porque viene a significar la inícuca restricción a la competencia primera del Poder Legislativo. La correcta exégesis de la parte fiscal del dispositivo, fue trazada por la Corte Suprema, en los términos siguientes: ‘Como se verifica, el dispositivo se refiere a tratados y convenios, ya que los tratados pueden ser normativos o contractuales. Los primeros trazan reglas sobre puntos de interés general, empenjando el futuro por la admisión de principio abstrato, según Tito Fulgencio. Contractuales son acuerdos entre gobernantes a cerca de cualquier asunto. El contractual es, pues, título de derecho subjetivo. De ahí que el art. 98 declare que tratado o convención no es revocado por ley tributaria interna, porque se trata de un contrato que debe ser respetado por las partes. El mismo principio se encuentra en el ámbito interno, en lo referente a la exención, en que el art. 128 del Código Tributario Nacional prohíbe que sea revocado cuando aquella fuere concedida por tiempo determinado. Es que hubo un contrato entre la entidad pública y un particular, que, transformado en derecho subjetivo, debe ser respetado en aquel período’ (RTJ, 83/823-4 voto del ministro

Mas, voltando ao tema central da revogação em foco no Recurso Extraordinário nº 80.004, a questão, no voto do eminente Relator, designado, Ministro Cunha Peixoto, tem-se como definitiva a partir da seguinte afirmação: “A lei, provinda do Congresso, só pode ter sua vigência interrompida, se ferir dispositivo da Constituição, e nesta não há nenhum artigo que declare irrevogável uma lei positiva brasileira pelo fato de ter sua origem em um Tratado. Do contrário, teríamos, então – e isto sim, seria inconstitucional – uma lei que só poderia ser revogada pelo Chefe do Poder Executivo, através da denúncia do Tratado. Portanto, ou o Tratado não se transforma, pela simples ratificação, em lei ordinária, no Brasil, ou, então, poderá ser revogado ou modificado pelo Congresso, como qualquer outra lei”.

Na mesma linha de orientação, houve-se o Ministro Cordeiro Guerra, quando, após observar que no próprio direito americano, onde se reconhece ao tratado o caráter de *supreme law of the land*, não se veda a posterior elaboração legislativa a ele contrária, concluiu: “Argumenta-se que a denúncia é o meio próprio de revogar um tratado internacional. Sim, no campo do direito internacional, não porém, no campo do direito interno. Quando muito, poderiam, face à derrogação do tratado por lei federal posterior, ensejar reclamação de uma outra parte contratante perante o governo, sem contudo afetar as questões de direito interno. Fosse a denúncia internacional o único meio de nulificar um tratado, e não se compreenderia pudesse o Supremo Tribunal Federal negar-lhe validade por vício de inconstitucionalidade”.

Em sentido diametralmente oposto situa-se o voto do Ministro Leitão de Abreu, e que trouxe significativa e importante reflexão no tocante à *impossibilidade de revogação do tratado pela lei posterior*. Pela indubitável contribuição para a discussão da matéria, mister se faz colher no voto de S.Exa. as razões que orientaram o seu entendimento.

Com efeito, após esclarecer que sua apreciação situava-se no estrito

---

83/823-4, voto do Ministro Cunha Peixoto). Como se vê, o Pretório Excelso, ao deslindar a questão, sufragou o escólio de que apenas os atos internacionais de natureza contratual põem-se a salvo dos efeitos revogatórios da lei posterior. Decorre que normas derivadas de tratados normativos, anteriores ao Decreto-Lei nº 2.404/87, e com ele conflitantes, foram revogadas (‘lex posterior derogat priori’). Por outro lado, a simples existência de tratados contratuais não outorga, ‘ipso facto’, isenção de AFRMM à importação. Com efeito, impõe-se exista cláusula expressa instituindo hipótese de não-incidência.”

Volviendo al tema central de la revocación del Recurso Extraordinario nº 80.004, la cuestión en el voto del Relator, designado, ministro Cunha Peixoto, considérase definitiva a partir de la siguiente afirmación: “La ley proveniente del Congreso sólo puede tener su vigencia interrumpida, si viola alguna disposición de la Constitución y en ésta no hay ningún artículo que declare irrevocable una ley positiva brasileña por el hecho de tener su origen en un tratado. De lo contrario tendríamos – y esto sí sería inconstitucional – una ley que sólo podría ser revocada por el Jefe del Poder Ejecutivo, a través de la denuncia del tratado. Por tanto, o el tratado no se transforma, por la simple ratificación en ley ordinaria en Brasil, o entonces, podrá ser revocado o modificado por el Congreso como cualquier otra ley”.

La misma línea de orientación siguió el ministro Cordeiro Guerra, cuando, después de observar que en el propio derecho americano, donde se reconoce al tratado el carácter de *supreme law of the land*, no se veda la posterior elaboración legislativa contraria a él, concluyó: “*Se argumenta que la denuncia es el medio propio de revocar un tratado internacional. Sí, en el campo del derecho internacional, pero no, en el campo del derecho interno. Como mucho, podrían frente a la derogación del tratado por ley federal posterior, dar oportunidad a la reclamación de otra Parte Contratante al gobierno, sin afectar, sin embargo, las cuestiones del derecho interno. Si la denuncia internacional fuera el único medio de anular un tratado no se comprendería que pudiese el Supremo Tribunal Federal negarle validez por vicio de inconstitucionalidad*”.

En sentido diametralmente opuesto se sitúa el voto del ministro Leitão de Abreu, y que trajo significativa e importante reflexión, en lo tocante a la *imposibilidad de la revocación del tratado por ley posterior*. Por la indudable contribución para la discusión de la materia, es menester analizar en el voto de S. Excia., las razones que orientaron su criterio.

En efecto, después de aclarar que su apreciación se sitúa en el

---

Cunha Peixoto). Como se ve, el Pretorio Excelso, al deslindar la cuestión, apoyó la interpretación de que sólo los actos internacionales de naturaleza contractual se ponen a salvo de los efectos revocatorios de la ley posterior. Normas derivadas de tratados normativos, anteriores al Decreto-Lei nº 2.404/87, en conflicto con él, fueron revocadas (lex posterior derogat priori). Por otro lado, la simple existencia de tratados contractuales no otorga, “ipso facto”, exención de AFRMM a la importación. En efecto, se impone que exista una cláusula expresa instituyendo la hipótesis de no-incidencia”.

âmbito da *revogabilidade do tratado pela lei interna posterior*, o Ministro Leitão de Abreu expendeu conclusão preliminar no sentido de que *aos tribunais cumpre ter como obrigatória, no direito interno, sem a intermediação de lei que haja produzido o conteúdo dos tratados ou convenções, as normas consagradas nesses instrumentos internacionais*. Isto porque, diz S. Exa., “os tratados-leis quebram o direito local, quer se considerados a eles equipados, em termos hierárquicos, quer *a fortiori*, se a ele, sob esse aspecto, reputados superiores”.

Mais adiante o Ministro Leitão de Abreu cuidou de precisar que no direito brasileiro não havia texto positivo que correspondesse àquele em que se fundou a jurisprudência constitucional norte-americana, quando fixou o princípio *Lex Posterior Derrogat Priori*. Isto porque, embora a referida construção jurisprudencial correspondesse à ausência, também, de norma de conflito, foi elaborada em face do artigo VI, 2, da Constituição norte-americana, que, em princípio, colocava no mesmo pé de igualdade a Constituição, as leis e os tratados, quando se lhes atribuía a condição de *lei suprema do país*.

Ora, se se demandou construção jurisprudencial para reconhecer a superioridade da Constituição sobre as leis, bem como a investidura da Suprema Corte no poder de pronunciar a inconstitucionalidade delas, é na afirmação da supremacia da Constituição – *extensiva aos tratados* – que se encontra o elemento decisivo para justificar, na América do Norte, a aplicação da *regra da posteridade*, por atribuir-se ao tratado e à lei o mesmo *status*.

Aqui, diferentemente, diz o Ministro Leitão de Abreu: “Embora figurem nessa prescrição – referia-se ao artigo 119, III, *b*, da Constituição de 1967 – como sujeitos à censura da constitucionalidade, tanto o tratado como a lei federal, não quer isto dizer que a lei e o tratado possuam o mesmo *status*. Hierarquicamente, ambos, tratado e lei, se situam abaixo da Constituição, sem que isso signifique a equiparação do tratado à lei, que guardam, cada qual, os seus caracteres específicos e diferenciais.”

Daí porque, firme no raciocínio de que tratado e lei são originários de processos criativos díspares e dotados, ambos, de eficácia formal próprios, bem como ausente norma constitucional que permita afirmar possa um prevalecer sobre o outro, conclui, derradeiramente: “A orientação que defendo não chega a esse resultado, pois, fiel à regra de que o tratado possui forma de revogação própria, nega que este seja, em

estricto marco de la *posibilidad de revocar el tratado por ley interna posterior*; el ministro Leitão de Abreu expuso minuciosamente su conclusión preliminar en el sentido de que *cumple a los tribunales tener como obligatorias, en el derecho interno, sin la intermediación de ley que haya producido el contenido de los tratados o convenciones, las normas consagradas en esos instrumentos internacionales*. Esto porque, dice S. Excia., *los tratados-leyes quiebran el derecho local, si considerados ellos equiparados en términos jerárquicos, o a fortiori, si, bajo ese aspecto, se los reputa como superiores*.

Más adelante, el ministro Leitão de Abreu definió que en el derecho brasileño no había texto positivo que correspondiese a aquel en que se fundó la jurisprudencia constitucional norteamericana, cuando fijó el principio *lex posterior derogat priori*. Y, aunque la referida construcción de la jurisprudencia correspondiese, también, a la ausencia de norma de preeminencia, fue elaborada en consideración al artículo VI, 2, de la Constitución norteamericana, que en principio colocaba en el mismo pie de igualdad la Constitución, las leyes y los tratados, cuando se les atribuía la condición de *ley suprema del país*.

Nótese que si se demandó construcción de jurisprudencia para reconocer la superioridad de la Constitución sobre las leyes, así como la investidura de la Suprema Corte en el poder de pronunciar la inconstitucionalidad de ellas, es en la afirmación de la supremacía de la Constitución – *extensiva a los tratados* – que se encuentra el elemento decisivo para justificar, en América del Norte, la aplicación de la *regla de la posteridad*, por atribuirse al tratado y a la ley el mismo *status*.

Por el contrario acá, dice el ministro Leitão de Abreu: “Aunque figuran en esta prescripción – referíase al artículo 119, III, *b*, de la Constitución de 1967 – como sujetos al control de la constitucionalidad, tanto el tratado como la ley federal, esto no quiere decir que la ley y el tratado posean el mismo *status*. Jerárquicamente, ambos, tratado y ley, se sitúan por debajo de la Constitución, sin que ello signifique la equiparación del tratado a la ley, que guardan, cada cual, sus caracteres específicos y diferenciales”.

De ahí que, firme en el pensamiento que el tratado y la ley son originarios de procesos creativos díspares y dotados ambos de eficacia formal propia, y no habiendo norma constitucional que permita afirmar que uno pueda prevalecer sobre el otro, concluyó por último: “La orientación, que defendiendo, no llega a ese resultado, pues, fiel a la regla

sentido próprio, revogado pela lei. Conquanto não revogado pela lei, que o contradiga, a incidência das normas jurídicas constantes do tratado é obstada pela aplicação, que os tribunais são obrigados a fazer, das normas legais com aqueles conflitantes. *Logo, a lei posterior, em tal caso, não revoga, no sentido técnico, o tratado, senão que lhe afasta a aplicação.* A diferença está em que, se a lei revogasse o tratado, este não voltaria a aplicar-se, na parte revogada, pela revogação pura e simples da lei dita revogatória. Mas como, a meu juízo, a lei não o revoga, mas simplesmente afasta, enquanto em vigor, as normas do tratado com ela incompatíveis, voltará ele a aplicar-se, se revogada a lei que impediu a aplicação das prescrições nele consubstanciadas.”<sup>50</sup>

Feito o necessário destaque, impende observar que o entendimento sufragado pelo Ministro Leitão de Abreu começa a encontrar eco na recentíssima jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Refiro-me ao Recurso Especial nº 58.736-MG, publicado no *Diário de Justiça* de 29.4.96, de que foi relator o Ministro Eduardo Ribeiro.

Já na ementa, a tese da revogação exsurge explícita: “*Lei – Tratado. O tratado não se revoga com a edição de lei que contrarie norma nele contida.* Perderá, entretanto, eficácia, quanto ao ponto em que exista antinomia, prevalecendo a norma legal. Aplicação dos princípios, pertinentes à sucessão temporal das normas, previstos na Lei de Introdução ao Código Civil. A lei superveniente, de caráter geral, não afeta as disposições especiais contidas em tratado.”<sup>51</sup>

<sup>50</sup> A tese sustentada pelo Ministro Leitão de Abreu é de todo inovadora, pois cria um paradigma de ineficácia suspensiva da norma jurídica em face da lei posterior com ela incompatível, sem ferir a regra da não-repristinação de que trata o § 3º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido vigência”. Ou seja, na situação de conflito entre a norma do tratado e a lei superveniente, aplica-se esta, embora de revogação não se trate, em respeito à disparidade de origem na elaboração dos respectivos comandos legais, e, principalmente, em razão da especificidade de revogação do tratado, que se opera, ao menos no plano da prática internacional, por meio de denúncia.

<sup>51</sup> O voto do Ministro Eduardo Ribeiro está em absoluta consonância com o voto do Ministro Leitão de Abreu, especificamente no que respeita à tese da revogação. É de ler-se no corpo do voto proferido por S. Exa., por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 58.736-MG, que: “O tratado não se revoga com a edição de lei que contrarie norma nele contida. Rege-se pelo Direito Internacional e o Brasil a seus termos continuará vinculado até que se desligue mediante os *mecanismos*

de que el tratado posee forma de revocación propia, niega que éste sea en sentido propio revocado por la ley. No siendo revocable por la ley que lo contradiga, la incidencia de las normas jurídicas contenidas en el tratado es obstada por la aplicación, que los tribunales están obligados a hacer, de las normas legales en conflicto con aquellas. *Luego, la ley posterior no revoca, en tal caso, el tratado en el sentido técnico, sino que impide su aplicación.* La diferencia está en que, si la ley revocase el tratado éste no volvería a aplicarse, en la parte revocada, por la revocación pura y simple de dicha ley revocatoria. Pero como, a mi juicio, la ley no lo revoca, sino simplemente suspende la vigencia de las normas del tratado incompatibles con la ley, él volverá a ser aplicado, si es revocada la ley que impidió la aplicación de las prescripciones en él comprendidas”<sup>50</sup>.

Señalado esto, cabe observar que el criterio sostenido por el ministro Leitão de Abreu comienza a encontrar eco en la reciente jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia. Me refiero al Recurso Especial nº 58.736-MG, publicado en el *Diario de Justicia* del 29.4.96, del que fue Relator el ministro Eduardo Ribeiro.

Ya en el resumen, la tesis de revocación se levanta explícita: “*Ley – Tratado. El Tratado no se revoca con la sanción de la ley que contrarie la norma en él contenida.* Sin embargo, perderá eficacia en lo que se refiere al punto en que existe antinomia, prevaleciendo la norma legal. Aplicación de los principios, pertinentes a la sucesión temporal de las normas, previstas en la Ley de Introducción al Código Civil. La ley superveniente, de carácter general, no afecta a las disposiciones especiales contenidas en el Tratado”<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> La tesis sostenida por el ministro Leitão de Abreu es del todo innovadora, pues crea un paradigma de ineficacia suspensiva de la norma jurídica frente a la ley posterior con ella incompatible, sin herir regla de la no revalidación de que trata el § 3º, del artículo 2º, de la Ley de Introducción al Código Civil: “Salvo disposición en contrario, la ley revocada no se restaura por haber la ley revocadora perdido vigencia”. O sea, en la situación de conflicto entre la norma del tratado y la ley superveniente, se aplica ésta, aunque no se trate de revocación, en respeto a la disparidad de origen en la elaboración de los respectivos plexos legales y, principalmente, en razón de la especificidad de revocación del tratado, que se opera, al menos en el plano de la práctica internacional, por medio de denuncia.

<sup>51</sup> El voto del ministro Eduardo Ribeiro está en absoluta consonancia con el voto del ministro Leitão de Abreu, especificamente en lo que respecta a la tesis de revocación. Léese en el cuerpo del voto emitido por S. Excia., en ocasión del juzgamiento del Recurso Especial nº 58.736-MG, que: “El tratado no se revoca con la sanción de ley que contrarie la norma en él contenida. Rigese por el Derecho Internacional y el Brasil continuará vinculado a él hasta que se desvincule mediante

Frise-se, no particular, que a atual Constituição Federal consona-se com o texto da Constituição Federal de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, de maneira a permitir asseverar-se que, a menos que se modifique o entendimento até mesmo em razão da mudança de composição da Corte, prevalecem operantes as razões que orientaram a condução da questão nos termos do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, aqui destacado.

#### 8. ASSIMETRIA CONSTITUCIONAL E O PRINCÍPIO DA RECIPROCIDADE

Fosse a assimetria do regime constitucional dos tratados uma questão meramente acadêmica, e de debate em torno do prestígio e eficácia do direito internacional em face do ordenamento jurídico nacional, a apontada e reconhecida diferença normativa não produziria efeitos e maiores conseqüências, bem como estaria circunscrita aos domínios da contemplação especulativa do direito comparado.

Mas não é o que ocorre. O Tratado de Assunção, em seu artigo 2º, estabelece que “o Mercado Comum estará fundado na reciprocidade de direitos e obrigações” entre os Estados-Partes<sup>52</sup>. Nessa linha de raciocínio, e projetando-se uma hipotética situação em que os Estados da Argentina e do Paraguai, ou seus súditos, a pretexto de não cumprir ou não observar uma norma ou obrigação de fazer – “que guarde relação

*próprios*. Entretanto, perde eficácia quanto ao ponto em que exista a antinomia. Internamente prevalecerá a norma legal que lhe seja posterior. Ocorre que, tendo em vista a sucessão temporal das normas, para saber qual a prevalente, aplicam-se os princípios pertinentes que se acham consagrados na Lei de Introdução ao Código Civil. No caso, o estabelecido pela Convenção constitui lei especial, que não se afasta pela edição de outra, de caráter geral. As normas convivem, continuando as relações, de que cuida a especial, a serem por ela regidas. E não há dúvida alguma sobre o cunho de generalidade das regras contidas nos artigos invocados do Código de Defesa do Consumidor”. Como se vê, o Ministro Eduardo Ribeiro, embora não seja explícito no admitir a reconstituição da norma do tratado, “cuja eficácia fôra suspensa com a edição de lei interna superveniente”, admite, contudo, expressamente, que a revogação do tratado possui mecanismos próprios de revogação. S.Exa., contudo, prestigia a regra da posterioridade nas situações de conflito, mas homenageia a regra do § 3º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, que consagra a norma de que “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

<sup>52</sup> Artigo 2º do Tratado de Assunção: O Mercado Comum estará fundado na reciprocidade de direitos e obrigações entre os Estados-Partes.

Destáquese, em particular, que la actual Constitución Federal está en consonancia con el texto de la Constitución Federal de 1967 y de la Enmienda Constitucional nº 1, de 1969, hasta el punto de poder afirmar que, a menos que se modifique el criterio en razón del cambio de composición de la Corte, prevalecen operantes las razones que orientaron la conducción de la cuestión, en los términos del juzgamiento del Recurso Extraordinario nº 80.004 aquí señalado.

#### 8. ASIMETRÍA CONSTITUCIONAL Y EL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD

Si la asimetría del régimen constitucional de los tratados fuese una cuestión meramente académica y de debate en torno del prestigio y de la eficacia del derecho internacional frente al ordenamiento jurídico nacional, la señalada y reconocida diferencia normativa no produciría efectos y mayores consecuencias, antes bien estaría circunscripta a los dominios de la contemplación especulativa del derecho comparado.

Pero no es eso lo que ocurre. El Tratado de Asunción, en su artículo 2º, establece que *el Mercado Común estará fundado en la reciprocidad de derechos y obligaciones* entre los Estados partes<sup>52</sup>. En esa línea de pensamiento, y proyectándose una hipotética situación en que los Estados de Argentina y Paraguay, o sus súbditos, bajo pretexto de no cumplir o no observar una norma u obligación de hacer – *que guarde relación con*

los mecanismos propios. Sin embargo, pierde eficacia con relación al punto en que exista la antinomia. Internamente prevalecerá la norma legal que le sea posterior. Teniendo en vista la sucesión temporal de las normas, ocurre que para saber cuál es la prevaleciente, se aplican los principios pertinentes que se hallan consagrados en la Ley de Introducción al Código Civil. En ese caso, lo establecido por la Convención constituye ley especial, que no se aleja por la sanción de otra de carácter general. Las normas conviven, continuando las relaciones, de que trata la ley especial, a ser regidas por la misma. Y no hay duda alguna sobre el cunho de generalidad de las reglas contenidas en los artículos mencionados del Código de Defensa del Consumidor”. Como se ve, el ministro Eduardo Ribeiro, aunque no sea explícito en admitir la revalidación de la norma del tratado, cuya eficacia había sido suspendida con la sanción de ley interna sobreveniente, admite, no obstante, expresamente, que la revocación del tratado posee mecanismos de revocación propios. S. Excia., con todo, prestigia la regla de posterioridad en las situaciones de conflicto, pero observa la regla del § 3º, del artículo 2º, de la Ley de Introducción al Código Civil, que consagra la norma de que “La ley nueva que establezca disposiciones generales o especiales a par de las ya existentes, no revoca ni modifica la ley anterior”.

<sup>52</sup> Artículo 2º del Tratado de Asunción: “El Mercado Común estará fundado en la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados partes”.

com a execução dos tratados firmados no âmbito do Mercosul” –, venham fundamentar sua ação ou omissão na cláusula de reciprocidade, pergunta-se: é possível?

Em linha de princípio a resposta é, a toda evidência, positiva. A ação ou omissão, fundada na cláusula de reciprocidade, será, convenhamos, legítima e juridicamente defensável, até porque se o Tratado de Assunção estabelece direitos e obrigações mútuas e recíprocas, avulta, necessariamente, sua natureza jurídica de *ato contratual*, ou *tratados-contratos*<sup>53</sup>.

Por isso que, firme no princípio de que as obrigações celebradas devem ser cumpridas tal como ajustadas<sup>54</sup>, em homenagem à cláusula *Pacta Sunt Servanda*, a resistência no cumprir o pactuado – “antes que a outra parte cumpra a sua obrigação” – encontra guarida, como corolário, no aforisma *Exceptio non Adimpleti Contractus*, ou exceção de contrato não cumprido, regra, aliás, conhecida do nosso direito positivo, conforme se lê no artigo 1.092 do Código Civil Brasileiro.

Ora, ainda que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados não esteja em vigor no nosso Ordenamento Jurídico<sup>55</sup>, há que se considerar que o seu artigo 26, que estabelece que “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”, é indiscutivelmente ponto de referência<sup>56</sup> para qualquer eventual litígio, pois sendo ou não

<sup>53</sup> H. Accioly, baseando-se em diversos autores, ensina que a melhor classificação é a que tem em vista a natureza jurídica do ato. Sob esse aspecto, podem ser divididos em “tratados-contratos” e “tratados-lei” ou “tratados-normativos”. Os tratados-contratos procuram regular interesses “recíprocos” dos Estados (op. cit., p. 21).

<sup>54</sup> A norma segundo a qual “o que foi pactuado deve ser cumprido” reúne, sem dúvida, desde épocas imemoriais, as características indicadoras de um costume internacional. Agora, vigente a Convenção de Viena, vemo-la sob roupagem de norma convencional (art. 26, I), de alcance já amplo, e com propensão à universalidade. Dentro de tal quadro, falece importância, para o bom funcionamento da regra “pacta sunt servanda”, à questão de saber se ela foi esculpida pelos membros da sociedade internacional, ou se a esses se impôs, pelo que de mais elementar, em lógica e ética, lhes preside a conduta (REZEK, op. cit., p. 11).

<sup>55</sup> A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, foi encaminhada ao Congresso Nacional pela Mensagem nº 116, em 22 de abril de 1992, encontrando-se aprovada na Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados e transformada no Projeto de Decreto Legislativo nº 214/92.

<sup>56</sup> É de ler-se na exposição de motivos do então Ministro de Estado das Relações Exteriores, Celso Lafer, que acompanha a supra-referida Mensagem nº 116/92: “5. A própria Convenção, no final do preâmbulo, reconhece implicitamente sua

*la ejecución de los tratados firmados en el marco del Mercosur* – basen su acción u omisión en la cláusula de reciprocidad, se pregunta: ¿Será posible dicha alegación?

En principio la respuesta es evidentemente positiva. La acción u omisión fundada en la cláusula de reciprocidad, convengamos, será legítima y jurídica posible de defender, porque si el Tratado de Asunción establece derechos y obligaciones mutuas y recíprocas, necesariamente se evidencia su naturaleza jurídica de *acto contractual*, o *tratado-contrato*<sup>53</sup>.

Por eso, y considerando que las obligaciones contraídas deben ser cumplidas tal como fueron establecidas<sup>54</sup>, en homenaje a la cláusula *pacta sunt servanda*, la resistencia a cumplir lo pactado – *antes que la otra parte cumpla su obligación* – encuentra refugio, en el aforismo *exceptio non adimpleti contractus*, o excepción de contrato no cumplido, regla, además, conocida en nuestro derecho positivo, conforme se lee en el artículo 102 del Código Civil Brasileño.

Pero aunque la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no esté en vigor en nuestro ordenamiento jurídico<sup>55</sup>, hay que considerar que su artículo 26, que establece que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, es, indiscutiblemente, punto de referencia<sup>56</sup> en un eventual litígio, pues siendo o

<sup>53</sup> Accioly, basándose en diversos autores, enseña que la mejor clasificación es la que tiene vista a la naturaleza jurídica del acto. Desde ese aspecto los tratados pueden ser divididos en “tratados-contratos” y “tratados-leyes” o “tratados-normativos”. Los tratados-contratos buscan regular intereses “recíprocos” de los Estados - en ob. citada, p. 21.

<sup>54</sup> La norma según la cual “lo que fue pactado debe ser cumplido” reúne, sin duda, desde épocas inmemoriales, las características indicadoras de una costumbre internacional. Ahora, vigente la Convención de Viena, la vemos bajo el ropaje de norma convencional (art. 26, I), de alcance ya amplio y con propensión a la universalidad. Dentro de tal cuadro, carece de importancia para el buen funcionamiento de la regla “pacta sunt servanda”, la cuestión de saber si ella fue establecida por los miembros de la sociedad internacional, o si se impuso a ellos, por principios elementales de lógica y ética, que rigen la conducta – REZEK, op. cit., p. 11.

<sup>55</sup> La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, concluída el 23 de mayo de 1969, fue enviada al Congreso Nacional por el Mensaje nº 116, en 22 de abril de 1992, encontrándose aprobada en la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Diputados y transformada en el Proyecto de Decreto Legislativo nº 214/92.

<sup>56</sup> Léese en la exposición de motivos del entonces Ministro de Estado de Relaciones Exteriores, Celso Lafer, que acompaña el supra referido Mensaje nº 116/92: “5. La propia Convención, en el final del preâmbulo, reconoce implícitamente su



regra de direito positivo internacional, subjaz a cláusula *Pacta Sunt Servanda* como o grande princípio reitor na interpretação e na aplicação dos entendimentos havidos no campo das relações internacionais.

### 9. CONSEQUÊNCIAS DA ADOÇÃO DA REGRA DA POSTERIDADE

Nessa linha de raciocínio, vê-se, desde logo, que, admitida – “no plano da interpretação constitucional” – a tese da revogação do tratado pela lei posterior, e vice-versa,<sup>57</sup> e, principalmente, por se permitir o controle de legalidade e de constitucionalidade do tratado em face do direito positivo constitucional<sup>58</sup>, essa situação oportuniza no contexto

insuficiência para a cobertura de todos os aspectos do direito dos tratados, ao lembrar que o direito internacional costumeiro prosseguirá norteando as questões não versadas no texto. Em todo caso, constitui ela atualmente o repositório mais completo e orgânico das normas geralmente consagradas nesta matéria e *ponto de referência* natural no tratamento do assunto, *mesmo para os Estados que dele não são partes* (o Brasil até hoje não ratificou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados).” (*destaque nosso*).

<sup>57</sup> No julgamento do “Habeas Corpus” nº 72.131-RJ, onde se discutia a possibilidade de prisão civil por dívida, o tema da “revogação” veio novamente à tona, tendo o Relator originário, Ministro Marco Aurélio, afirmado em seu voto: “Reconhecida a igualação dos diplomas, tanto o Decreto-Lei quanto a Convenção – referia-se à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de São José da Costa Rica – estão no âmbito da legislação ordinária, forçoso é concluir que a última, disciplinando a matéria de forma contrária, resultou na revogação do primeiro”. Antes, porém, S.Exa. havia esclarecido que o Decreto-Lei nº 911/69, “já não mais subsiste na ordem jurídica em vigor, porquanto o Brasil, mediante o Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, aderiu à Convenção...”; Como se pode verificar, a regra da posteridade aparece explícita, bem como a da possibilidade de revogação da lei por tratado superveniente.

<sup>58</sup> No mesmo julgamento acima referido, o Ministro Francisco Rezek, após assinalar que pela primeira vez o plenário examinava a Convenção de São José da Costa Rica, admitiu, expressamente, o exercício do controle de constitucionalidade do tratado em face da Constituição Federal, conforme se lê no seguinte trecho: “...tal como sucede nos Estados Unidos da América e em muitos outros países, o tratado não tem a estatura de uma restrição constitucional. É claríssimo – e obras doutrinárias diversas o dizem – que ele convive hierarquicamente com a lei federal, e que, na hipótese de conflito material entre seu texto e aquele da Carta, é o primeiro que deve ser sacrificado. *Dá-se prevalência sempre à Carta, embora isso não nos exonere de responder, internacionalmente, pelo ato ilícito* – consistente em adotar, pelos meios rotineiros, um compromisso que não poderíamos honrar, culpa da inadvertência dos poderes políticos do Estado...”. Do voto de S. Exa. exsurge,

no regra de derecho positivo internacional, subyace la cláusula *pacta sunt servanda* como el gran principio rector en la interpretación y en la aplicación de los acuerdos realizados en el campo de las relaciones internacionales.

### 9. CONSECUENCIAS DE LA ADOCIÓN DE LA REGLA DE POSTERIORIDAD

En esa línea de pensamiento desde luego se ve que, admitida – en el ámbito de la interpretación constitucional – la tesis de la nulidad del tratado por la ley posterior y viceversa<sup>57</sup>, y, principalmente por permitirse el control de legalidad y de constitucionalidad del tratado ante el derecho positivo constitucional<sup>58</sup>, esa situación origina en el contexto del derecho

insuficiencia para la cobertura de todos los aspectos del derecho de los tratados, al recordar que el derecho internacional habitual proseguirá guiando las cuestiones no tratado en el texto. En todo caso, ella constituye el conjunto más completo y orgánico de las normas generalmente consagradas en esa materia *es punto de referencia* natural en el tratamiento del asunto, incluso *para los Estados que de él no son partes*” (Brasil hasta hoy no ratificó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) – (subrayados nuestros).

<sup>57</sup> En el juzgamiento del Habeas-Corpus nº 72.131/RJ, donde se discutía la posibilidad de prisión civil por deuda, el tema de revocación apareció nuevamente, habiendo afirmado en su voto, el Relator originario, ministro Marco Aurelio: “Reconocida la igualdad de las normas, tanto el Decreto-Ley cuanto la Convención – referíase a la Convención Americana sobre Derechos Humanos/Pactos de San José de Costa Rica – están en el marco de la legislación ordinaria y es forzoso concluir que la última, disciplinando la materia de forma contraria, resultó en la revocación del primero”. Sin embargo, antes S. Excia. había aclarado que el Decreto-Ley nº 911/69, “ya no subsiste en el orden jurídico en vigor, porque el Brasil, mediante el Decreto nº 678, de 6 de noviembre de 1992, se adhirió a la Convención...”. Como se puede verificar, la regla de la posteridad aparece explícita, y también la posibilidad de revocación de la ley por tratado superveniente.

<sup>58</sup> En el mismo juzgamiento arriba mencionado, el ministro Francisco Rezek, después de señalar que por primera vez el plenario examinaba la Convención de San José de Costa Rica, admitió, expresamente, el ejercicio de control de constitucionalidad del tratado frente a la Constitución Federal, conforme se lee en el siguiente párrafo: “tal como sucede en los Estados Unidos de América y en muchos otros países, el tratado no tiene la dimensión de una restricción constitucional. Está muy claro – y diversas obras doctrinarias lo dicen – que él convive jerárquicamente con la ley federal, y que, en la hipótesis de conflicto material, entre su texto y aquel de la Carta, es el primero que debe ser sacrificado. *Prevalece siempre la Carta, aunque eso no nos exonere de responder internacionalmente por el acto ilícito* – consistente en adoptar por los medios de rutina, un compromiso que no podríamos honrar, culpa de la inadvertencia de los poderes políticos del Estado...”. Del voto de S. Excia. aparecen,

do direito internacional e, especificamente, “na perspectiva de integração no Mercosul, insegurança e perplexidade angustiantes”.

E essa angústia já se fez sentir, em junho do ano passado, na atribulada questão do setor automotriz. Da parte dos argentinos mereceu uma profunda crítica, havendo, mesmo, quem afirmasse que o conflito afetou a continuidade do Mercosul<sup>59</sup>.

Já no mês de maio de 1996, eclodiu nova crise no Mercosul, agora relacionada com o setor vestuário. Notícia o *Newspaper Mercosul*, de responsabilidade da *Agência Estado*, em 9 de maio de 1996, nº 302, que a decisão do Brasil de “reimplantar a exigência de financiamento de 30 dias para as importações de uma lista que compreende cerca de 500 produtos do setor vestuário, entre os quais todas as peças que o Uruguai fabrica para o mercado sub-regional”, compromete a entrada do Chile no bloco, porquanto o Uruguai já comunicou aos demais membros que não assinará nenhum acordo de associação comercial com futuros parceiros, se a situação denunciada não for revertida.

Ressalte-se, aqui, que embora se trate de casos específicos e isolados, mostra-nos efetiva e concretamente o que pode significar – “no plano do Mercosul” – a imprevisibilidade e a insegurança jurídica dos nossos parceiros, e dos próprios brasileiros, em face da sempre latente possibilidade de o País, *unilateralmente*, dispor em contrário dos compromissos assumidos no campo das suas relações internacionais.

E mais se diga que a hipótese não se exaure na possibilidade de o Congresso Nacional disciplinar legislativamente em contrário do que estabelecido em qualquer tratado ratificado, senão e principalmente pela concreta possibilidade de o controle de constitucionalidade vir a ser exercido, seja em sua manifestação difusa ou concentrada, “através da

“quantum satis”, os rumos da jurisprudência da Excelsa Corte no tocante à possibilidade de se declarar inconstitucional o tratado superveniente em antinomia com a Constituição Federal; colhe-se, ainda, que inobstante ser reconhecido ao Supremo Tribunal Federal o poder de declarar inconstitucional qualquer tratado, isto não significa dizer que o Estado brasileiro esteja imune às sanções decorrentes do descumprimento do tratado, vale dizer, da possibilidade de vir a responder pelo ato ilícito praticado no âmbito das relações internacionais.

<sup>59</sup> Horacio D. Bercun, Vice-Presidente da Sinapsis, Fundação para o Desenvolvimento dos Espaços Econômicos Integrados, em artigo publicado em IDEA, julho – agosto de 1995, desabafou: “Desafortunadamente a questão automotriz resolveu-se a partir de negociações pontuais que se abstiveram de abordar a questão referente à hierarquia legal da normativa comunitária com a qual a interrogação segue pendente e a incerteza também”.

internacional y más específicamente, *en la perspectiva de integración en el Mercosur, inseguranza y perplejidad angustiantes*.

Y esa angustia ya se hizo sentir en junio del año pasado, en la atribulada cuestión del sector automotriz. De parte de los argentinos mereció una profunda crítica, y hubo quien afirmó que el conflicto afectaba a la propia continuidad del Mercosur<sup>59</sup>.

Ya en el mes de mayo del año de 1996, estalló una nueva crisis en el Mercosur, ahora relacionada con el sector de vestuario. El *Newspaper Mercosul*, de responsabilidad de la Agencia Estado, en 9 de Mayo de 1996, nº 302, informaba que la decisión de Brasil de “reimplantar la exigencia de financiamiento de 30 días para las importaciones de una lista que comprende cerca de 500 productos del sector vestuario, entre ellos todas las piezas que el Uruguay fabrica para el mercado subregional”, compromete la entrada de Chile en el bloque, porque Uruguay ya comunicó a los demás miembros que no firmaría ningún acuerdo de asociación comercial con futuros socios, si la situación denunciada no es revertida.

Destáquese aquí, que aunque se trate de casos específicos y aislados, nos muestran efectiva y concretamente lo que puede significar – *en el ámbito del Mercosur* – la imprevisibilidad y la inseguridad jurídica de nuestros socios y de los propios brasileños, frente a la siempre latente posibilidad de que el país, disponga *unilateralmente* en contra de compromisos asumidos en el campo de sus relaciones internacionales.

Debe decirse también, que la hipótesis no se extingue en la posibilidad de que el Congreso Nacional legisle en contra de lo establecido en cualquier tratado ratificado sino, y principalmente, por la concreta posibilidad que el control de constitucionalidad sea ejercido, en su manifestación difusa o concentrada, *a través de la acción directa de inconstitucionalidad o*

“quantum satis”, la tendencia de la jurisprudencia de la Excelsa Corte en lo tocante a la posibilidad de declararse inconstitucional el tratado superveniente en antinomia con la Constitución Federal; recógrese, también, que aunque le sea reconocido al Supremo Tribunal Federal el poder de declarar inconstitucional cualquier tratado, esto no significa decir que el Estado brasileño esté inmune a las sanciones derivadas del no cumplimiento del tratado, vale decir, de la posibilidad de responder por el acto ilícito practicado en el marco de las relaciones internacionales.

<sup>59</sup> Horacio D. Bercun, Vicepresidente de la Sinapsis, Fundación para el Desarrollo de los Espacios Económicos Integrados, en el artículo publicado en IDEA, julio-agosto de 1995, expresó: “Desafortunadamente la cuestión automotriz se resolvió a partir de negociaciones concretas absteniéndose de abordar la cuestión referente a la jerarquía legal de la normativa comunitaria, con la cual el interrogante sigue abierto y la incertidumbre también”.

ação direta de inconstitucionalidade ou em face da ação declaratória de constitucionalidade”<sup>60</sup>.

Em outras palavras, e sem que se possa atribuir qualquer responsabilidade do ponto de vista constitucional, a permanecer o regramento atual, onde o tratado não tem hierarquia constitucional e não há norma de conflito (*tratado versus lei*), o pacto Mercosul pode vir a desintegrar-se por falta de simetria entre as Constituições dos países que o compõem, frustrando-se desejadas e justificadas expectativas.

Não se trata, por evidente, de uma conclusão apocalíptica ou um desestímulo a que o país siga a decisão política de integrar-se no Mercosul; mas, à toda evidência, de uma necessária reflexão e atenção de todos os atores responsáveis pela condução da política externa para o problema que se apresenta.

O que se tem visto até o presente momento é a assinatura de inúmeros compromissos internacionais pelo Brasil, sem que se tenha precedido amplo debate sobre o tema em pauta. Por outro lado, os compromissos assumidos não têm sido objeto de investigação e análise da comunidade jurídica em geral, nem se sabe ao certo, e com segurança, estejam eles ao abrigo legal e constitucional.

À guisa de mera exemplificação, e só para se ter uma noção de que o problema possui dimensões muito maiores do que se imagina, veja-se que o Mercosul – que nos termos do Protocolo de Ouro Preto passou a ter personalidade jurídica de Direito Internacional<sup>61</sup> – já firmou um

<sup>60</sup> O Brasil adota dois tipos de controle de constitucionalidade das leis: o controle “difuso” e o controle abstrato, ou “concentrado; no primeiro”, faculta-se a todos os órgãos judiciais, e em qualquer grau de jurisdição, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (artigo 97 da Constituição Federal); a questão da constitucionalidade é matéria “incidenter tantum”, articulada na ação, na defesa ou suscitada pelo Ministério Público e/ou por qualquer membro do Tribunal; “no segundo”, é da competência originária do Supremo Tribunal Federal processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (alínea “a” do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal); ressalte-se, todavia, que a legitimidade para propor as ações facultadas no mencionado artigo 102 da Constituição Federal é limitada – “quando a ação direta” – às pessoas e órgãos expressamente identificados no artigo 103, incisos I e IX, e – “na ação declaratória” – às nominadas no parágrafo 4º, do mesmo preceito constitucional.

<sup>61</sup> Artigo 34, do Protocolo de Ouro Preto: “O Mercosul terá personalidade jurídica de Direito Internacional”.

*mediante la acción declaratoria de constitucionalidad*<sup>60</sup>.

En otras palabras, y sin que se pueda atribuir cualquier responsabilidad desde el punto de vista constitucional, en caso de permanecer la reglamentación actual, donde el tratado no tiene jerarquía constitucional y no hay norma de preeminencia (*tratado versus ley*), el acuerdo del Mercosur puede llegar a desintegrarse por falta de simetría entre las Constituciones de los países que lo componen, frustándose deseadas y justificadas expectativas.

Evidentemente, no se trata de una conclusión apocalíptica, o de un desestímulo a que el país siga la decisión política de integrarse en el Mercosur, pero por lo expuesto, sí se trata de una reflexión necesaria y una llamada de atención a los actores responsables por la conducción de la política externa, hacia el problema que se presenta.

Lo que se ha visto hasta el presente momento es la firma de innumerables compromisos internacionales por parte del Brasil, sin que un amplio debate del tema en discusión los haya precedido. Por otro lado, los compromisos asumidos no fueron objeto de investigación y análisis por la comunidad jurídica en general, ni se sabe a ciencia cierta si tienen el amparo legal y constitucional.

Como mero ejemplo y sólo para tener una noción de que el problema posee dimensiones mayores de las que se imaginan, véase que el Mercosur – que en los términos del Protocolo de Ouro Preto pasó a tener personalidad jurídica de Derecho Internacional<sup>61</sup> – ya firmó un

<sup>60</sup> El Brasil adopta dos tipos de control de constitucionalidad de las leyes: el control “difuso” y el control abstracto, o “concentrado; en el primero”, se faculta a todos los órganos judiciales, y en cualquier grado de jurisdicción, la declaración de inconstitucionalidad de ley o acto normativo del Poder Público (art. 97 de la Constitución Federal); la cuestión de la constitucionalidad es materia “incidenter tantum”, articulada en la acción, la defensa, o suscitada por el Ministerio Público y/o por cualquier miembro del Tribunal; “en el segundo”, es competencia del Supremo Tribunal Federal procesar y juzgar la acción directa de inconstitucionalidad de ley o acto normativo federal o de los Estados y la acción declaratoria de constitucionalidad de ley o acto normativo federal (línea a, del inciso I, del art. 102, de la Constitución Federal). Destáquese también que la legitimidad para proponer las acciones otorgadas en el mencionado artículo 102, es limitada – en cuanto a la acción directa – a las personas y órganos expresamente identificados en el art. 103, incisos I y IX, e – en la acción declaratoria – a las denominadas en el parágrafo 4º del mismo precepto constitucional.

<sup>61</sup> Artículo 34, del Protocolo de Ouro Preto: “El Mercosur tendrá personalidad jurídica de Derecho Internacional”.

acordo-marco com a União Europeia em 15.12.95<sup>62</sup>. Aqui é de se observar: (a) o referido Protocolo de Ouro Preto só foi aprovado no Congresso Nacional na mesma data (e publicado o Decreto Legislativo nº 188, no *Diário Oficial* da União em 18.12.95); (b) o decreto presidencial de promulgação<sup>63</sup> só foi publicado no dia 10 de maio de 1996.

Do ponto de vista jurídico isso significa: (a) o Presidente da República não pode assinar – juntamente com os demais parceiros do Mercosul – o referido acordo-marco, porque não houve tempo hábil à aprovação congressual do Protocolo de Ouro Preto; (b) o Presidente da República – firmando o referido acordo-marco *antes* de expedir o Decreto de promulgação – subscreveu, em realidade, um compromisso internacional baseado em norma não-vigente no país, vale dizer, não incorporada no ordenamento jurídico, à míngua de publicidade (ver artigo 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil); (c) a questão posta, bem como os compromissos anteriores estão *todos* sujeitos ao controle de legalidade e de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Ou seja, o direito constitucional positivo não dispõe da flexibilidade que a velocidade dos fatos no plano internacional hodiernamente demandam. Nesse sentido, pode-se afirmar, com convicção, “que enquanto o país não definir constitucionalmente a natureza hierárquica dos tratados”, à semelhança do que já fizeram o Paraguai, em 1992, e a

<sup>62</sup> O Acordo-Quadro Internacional de Cooperação entre a Comunidade Europeia e os seus Estados-membros e o Mercosul e os seus Estados-Partes, assinado em Madri, em 15 de dezembro de 1995, foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 313/96, publicado no *Diário Oficial* da União de 13 de setembro de 1996. Pende, todavia, de Decreto presidencial de promulgação.

<sup>63</sup> O Professor Francisco Rezek, sobre o tema, anota: “No Brasil se *promulgam*, por decreto do Presidente da República, todos os tratados que tenham feito objeto de aprovação congressional”. Assinala ainda que o decreto de promulgação não constitui reclamo constitucional: ele é produto de uma praxe tão antiga quanto a Independência e os primeiros exercícios convencionais do Império; e, finaliza: “Publica-os, pois, o órgão oficial, *para que o tratado* – cujo texto completo vai em anexo – *se introduza na ordem legal, e opere desde o momento próprio*” (op. cit., p. 385-386). No mesmo diapasão é a observação de J. Grandino Rodas: “O Brasil, após a Independência, continuou a seguir a tradição lusitana de promulgar os tratados já ratificados por meio de um decreto do Executivo. Embora as Constituições Brasileiras da República, incluindo a vigente, não façam qualquer referência, esse costume vem sendo mantido”. *Tratados internacionais*, Revista dos Tribunais, 1991. p. 54; Depois de ratificado devidamente, afirma A. P. Cachapuz de Medeiros, o ato internacional precisa ser promulgado pelo Presidente da República e só então se incorpora à legislação interna brasileira. (op. cit., p. 470).

acuerdo-marco con la Unión Europea<sup>62</sup> el 15.12.95. Aquí debe observarse: (a) el referido Protocolo sólo fue aprobado en el Congreso Nacional en la misma fecha (y publicado el Decreto Legislativo nº 188, en el *Diario Oficial* de la Unión el 18.12.95); (b) el decreto presidencial de promulgación<sup>63</sup> sólo fue publicado el día 10 de mayo de 1996.

Desde el punto de vista jurídico esto significa: (a) que el Presidente de la República no puede firmar – *juntamente con los demás socios del Mercosur* – el referido acuerdo-marco, porque no hubo el tiempo necesario para la aprobación por el Congreso del Protocolo de Ouro Preto; (b) que el Presidente de la República – *firmando el referido acuerdo-marco antes de expedir el Decreto de promulgación* – suscribió, en realidad, un compromiso internacional sin que la norma que lo autorizase a hacerlo estuviese vigente en el país; entiéndase, estuviese incorporada al ordenamiento jurídico, por falta de publicidad (*artículo 1º de la Ley de Introducción al Código Civil*); (c) que la cuestión en análisis así como los compromisos anteriores, están todos sujetos al control de legalidad y de constitucionalidad del Poder Judicial.

Es decir, el derecho constitucional positivo no dispone de la flexibilidad que la velocidad de los hechos actualmente demandan en el plano internacional. En ese sentido, se puede afirmar, con convicción, *que mientras el país no defina constitucionalmente la naturaleza jerárquica de los tratados*, a semejanza de lo que hicieron Paraguay, en

<sup>62</sup> El Acuerdo-marco Internacional de Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros y el Mercosur y sus Estados partes firmado en Madrid el 15 de diciembre de 1995, fue aprobado por el Decreto Legislativo nº 313/96, publicado en el *Diario Oficial* de la Unión el 13 de septiembre de 1996. Está pendiente, no obstante, del Decreto presidencial de promulgación.

<sup>63</sup> El Profesor Francisco Rezek anota sobre el tema: “En Brasil se *promulgan*, por decreto del Presidente de la República, todos los tratados que hayan sido objeto de aprobación por parte del Congreso”; señala que el decreto de promulgación no constituye reclamación constitucional: él es producto de una praxis tan antigua como la Independencia y los primeros ejercicios convencionales del Imperio; y finaliza: “Los publica, pues, el órgano oficial, para que el tratado – cuyo texto completo va adjunto – *se introduzca en el orden legal y opere desde el momento propio*” (op. cit., p. 385-386). En el mismo sentido es la observación de J. Grandino Rodas: “Brasil, después de la Independencia, continuó siguiendo la tradición lusitana de promulgar los tratados ya ratificados por medio de un decreto del Ejecutivo. Aunque las Constituciones brasileñas de la República, incluyendo la vigente, no hagan ninguna referencia, esta costumbre se viene manteniendo”; en *Tratados Internacionales*. Revista de los Tribunales, 1991. p. 54; Después de debidamente ratificado, afirma A. P. Cachapuz de Medeiros, el acto internacional precisa ser promulgado por el

Argentina, em 1994, todos os tratados estarão, sempre, na incômoda posição de espectador temeroso de fato legislativo superveniente e submetidos ao *judicial review*.

Não é, pois, uma questão de natureza política, onde a vontade do Poder Executivo se expressa na celebração do tratado e a do Poder Legislativo na sua aprovação. O que se projeta no campo conceitual é a inafastabilidade de sujeição da matéria ao controle judiciário com as implicações que lhe são pertinentes, especial e especificamente, previsão e segurança jurídicas, elementos indispensáveis e imprescindíveis no campo das relações negociais externas, precisamente, no âmbito dos investimentos.

#### 10. A NECESSIDADE DE DISCIPLINA DO CONFLITO: TRATADO VERSUS LEI

“À guisa de conclusão, objetiva o presente estudo demonstrar que o tema aqui versado deve, necessariamente, incluir-se no campo das cogitações da comunidade jurídica”, seja por iniciativa própria, seja provocada pelos condutores da política externa brasileira.

Da maneira como está, sem que a Constituição Federal possua norma de conflito que revele a exata hierarquia dos tratados, os compromissos internacionais estarão sempre sujeitos a tropeços, ora sob o influxo da cláusula *rebus sic stantibus*, ora em razão do controle de legalidade e de constitucionalidade.

A crise é iminente e desafia a ação construtiva, antes que a desejada integração aborte no seu limiar. E para que o estudo não se restrinja ao plano da constatação, sugere-se: (a) harmonização do texto constitucional brasileiro às reformas havidas no Paraguai, em 1992 e na Argentina, em 1994, de maneira a se permitir, explicitamente, que o País delegue competência e jurisdição a órgãos supranacionais, ainda que com cláusula de igualdade e reciprocidade; (b) definição hierárquica dos tratados, através de norma de conflito, que estabeleça, concretamente, a solução do dissídio entre o tratado e a lei (antecedente ou superveniente); (c) a manter-se a supremacia da Constituição<sup>64</sup>, autorizativa do controle de constitucionalidade, que se estabeleça procedimento legal de observância obrigatória pelo Poder Executivo,

<sup>64</sup> A semelhança do que fez a Constituição Nacional do Paraguai, onde o artigo 137 (infra nº 12) estabelece a ordem de prelação entre os diferentes normativos que integram o ordenamento jurídico positivo.

1992 y Argentina, en 1994, todos los tratados estarán siempre en la incómoda posición de espectador temeroso del hecho legislativo sobreviniente y sometidos al *judicial review*.

No es, pues, una cuestión de naturaleza política, donde la voluntad del Poder Ejecutivo se expresa en la celebración del tratado y la del Poder Legislativo en su aprobación. Lo que se proyecta en el campo conceptual, es la imposibilidad de que la materia escape al control judicial con las implicaciones que le son pertinentes, especial y específicamente, previsión y seguridad jurídicas, elementos indispensables e imprescindibles en el campo de las relaciones de negocios externos, precisamente en el marco de las inversiones.

#### 10. LA NECESIDAD DE DISCIPLINA DE PREEMINENCIA: TRATADO VERSUS LEY

“Como conclusión, el presente estudio busca demostrar que el tema aquí tratado debe, necesariamente, incluirse en el campo de las reflexiones de la comunidad jurídica”, sea por iniciativa propia, sea provocada por los conductores de la política externa brasileña.

De la manera como está, es decir, sin que la Constitución Federal posea norma de primacía que revele la exacta jerarquía de los tratados, los compromisos internacionales estarán siempre sujetos a tropiezos, o bajo el influjo de la cláusula *rebus sic stantibus*, o en razón del control de legalidad y de constitucionalidad.

La crisis es importante y desafia la acción constructiva, antes que la deseada integración aborte en su umbral. Y para que el estudio no se restrinja al plano de la constatación, se sugiere: (a) la armonización del texto constitucional brasileño con las reformas ocurridas en Paraguay, en 1992 y en Argentina, en 1994, de manera que permita, explicitamente, que el país delegue competencia y jurisdicción a órganos supranacionales, aunque con cláusulas de igualdad y reciprocidad; (b) definición jerárquica de los tratados, a través de norma de primacía, que establezca, concretamente, la solución de la disidencia entre el tratado y la ley (*antecedente o sobreviniente*); (c) de mantenerse la supremacía de la Constitución<sup>64</sup>, autorizadora del control de constitucionalidad, que se establezca

Presidente de la República y sólo entonces se incorpora a la legislación interna brasileña (op. cit., p. 470).

<sup>64</sup> A semejanza de lo que hizo la Constitución Nacional del Paraguay, donde el artículo 137 (infra nº 12) establece el orden de prelación entre las diferentes normas que integran el ordenamiento jurídico positivo.

no sentido de que, tão logo haja aprovação congressual, seja imediatamente expedido o decreto de promulgação e, *ipso facto*, “antes” do depósito dos instrumentos de ratificação, seja proposta ação declaratória de constitucionalidade<sup>65</sup>.

Com o procedimento sugerido objetivamos: (a) evitar que a expedição do decreto de promulgação perca-se no tempo, até mesmo com o intuito de não permitir o seu esquecimento, como, ao que parece, aconteceu com o Protocolo de Ouro Preto; (b) a apreciação de constitucionalidade do tratado antes do depósito dos instrumentos – vale dizer, antes de sua vigência no plano internacional – o que evitaria a desagradável e constrangedora possibilidade de, no futuro, vir o mesmo ser declarado inconstitucional; (c) a declaração de constitucionalidade do tratado – por não ter força mandamental – preserva o poder discricionário do Poder Executivo de ratificá-lo, ou não, segundo os princípios da oportunidade e da conveniência. Essa faculdade só ficaria obstada na hipótese de declaração de inconstitucionalidade do tratado.

A intenção é, tanto quanto possível, a de harmonizar a necessidade de definição da matéria enfocada com o atual sistema constitucional brasileiro, sem que para isso seja necessária uma profunda reforma constitucional, preservando-se – se for essa a opção – os atuais preceitos e regras constitucionais.

Frise-se, por oportuno, que o controle prévio de constitucionalidade – para não permitir a antinomia entre os tratados e a Constituição Federal – é procedimento agasalhado na Constituição portuguesa, no artigo 278, embora de observância facultativa<sup>66</sup>.

Semelhante procedimento, *ao mesmo tempo original e prático*, na opinião de João Mota de Campos<sup>67</sup>, é acolhido na Constituição francesa,

<sup>65</sup> Artigo 102 da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1995.

<sup>66</sup> Artigo 278 – 1: “O Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação... ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura”.

<sup>67</sup> *Direito comunitário*. 3. ed. Lisboa : Fundação C. Gulbenkian, 1990. v. 2, p. 337: Segundo o referido autor, “o que se pretendeu com o processo previsto no artigo 54 foi, pois, preservar a ordem constitucional *sem* atentar contra os compromissos internacionais validamente assumidos, assegurando a compatibilidade entre uma e outras”.

procedimiento legal de observancia obligatoria por el Poder Ejecutivo, en el sentido de que, tan pronto haya aprobación del Congreso, sea inmediatamente expedido el Decreto de promulgación e, *ipso facto*, “antes” del depósito de los instrumentos de ratificación, sea propuesta una acción declaratoria de constitucionalidad<sup>65</sup>.

Con el procedimiento sugerido buscamos: (a) evitar que la expedición del decreto de promulgación se pierda en el tiempo, con el objeto de no permitir su olvido, como por lo que parece ocurrió con el Protocolo de Ouro Preto; (b) la apreciación de constitucionalidad del tratado antes del depósito de los instrumentos – *esto es, antes de su vigencia en el plano internacional* – lo que evitaria la desagradable y obligatoria posibilidad de que en el futuro sea declarado inconstitucional; (c) la declaración de constitucionalidad del tratado – *por no tener fuerza de mandamiento* – preserva el poder discrecional del Poder Ejecutivo de ratificarlo, o no, según los principios de oportunidad y de conveniencia. Esa facultad sólo sería impedida en la hipótesis de declaración de inconstitucionalidad del tratado.

La intención es la de armonizar, tanto como sea posible, la necesidad de definición de la materia analizada con el actual sistema constitucional brasileño, sin que para ello sea necesaria una profunda reforma constitucional, preservándose – *si fuera esa la opción* – los actuales preceptos y reglas constitucionales.

Es pertinente destacar que el control previo de constitucionalidad – *para no permitir la antinomia entre los tratados y la Constitución Federal* – es el procedimiento previsto en la Constitución portuguesa, en el artículo 278, aunque de observancia facultativa<sup>66</sup>.

Semejante procedimiento, al mismo tiempo original y práctico, en la opinión de João Mota de Campos<sup>67</sup>, es acogido en la Constitución

<sup>65</sup> Artículo 102, de la Constitución Federal, con la redacción de la Enmienda Constitucional nº 3, del 17 de marzo de 1995.

<sup>66</sup> Artículo 278, I – “El Presidente de la República puede requerir al Tribunal Constitucional la apreciación preventiva de la constitucionalidad de cualquier norma integrante de un tratado internacional que le haya sido sometido para ratificación... o de un acuerdo internacional cuyo decreto de aprobación le haya sido remitido para su firma”.

<sup>67</sup> En *Direito comunitário*, 3. ed., Lisboa : Fundación C. Gulbenkian, v. 2, 1990, p. 337. Según el referido autor, “lo que se pretendió con el proceso previsto en el artículo 54 fue, pues, preservar el orden constitucional sin atentar contra los compromisos internacionales válidamente asumidos, asegurando la compatibilidad entre uno y otros”.

que vincula a ratificação do compromisso internacional ao procedimento de revisão constitucional, conforme prescreve o artigo 54, sempre que se reconhecer a contrariedade de um tratado ante a Constituição<sup>68</sup>.

## II. CONCLUSÃO

As sugestões, por óbvio, circunscrevem-se ao período de *transição*, à medida que, com a constituição definitiva do Mercosul – na configuração do modelo europeu – a questão da hierarquia dos tratados e o controle de constitucionalidade, hoje aplicado e conhecido, quedam-se suplantados: (a) pelo princípio da autonomia do direito comunitário em face dos ordenamentos internos dos Estados-Partes; (b) pelo princípio da aplicação direta e efeito imediato da norma comunitária, prescindindo-se da nacionalização ou da recepção; (c) pelo princípio da primazia do direito comunitário em face das leis e constituições nacionais<sup>69</sup>.

<sup>68</sup> Artigo 54 – “Se o Conselho Constitucional, solicitado a pronunciar-se pelo Presidente da República, pelo Primeiro-Ministro ou pelo Presidente de qualquer das Câmaras, declarar que determinado compromisso internacional comporta alguma cláusula contrária à Constituição, ‘a autorização da ratificação ou aprovação desse compromisso só poderá ter lugar após a revisão da Constituição’.”

<sup>69</sup> No que tange ao princípio da autonomia do Direito Comunitário, destacamos a observação do Prof. Rui Moura Ramos: “A nosso ver, o passo decisivo e essencial na senda da afirmação da *autonomia* do Direito Comunitário foi dado quando ele chamou a si a sede disciplinadora do seu relacionamento com os direitos estaduais em que se vai inserir. Na verdade, o que impressiona não é tanto que o Direito Comunitário possa produzir diretamente efeitos no seio das ordens estaduais, que prevaleça sobre toda e qualquer regra nacional, independentemente da natureza jurídica desta, e que, no interior dos sistemas nacionais, a sua interpretação esteja sujeita a um controle, levado a cabo por instâncias comunitárias. Antes, o que é significativo é que tudo isso resulta do próprio Direito Comunitário e não das ordens jurídicas nacionais (que, reconheça-se, dificilmente se submetem de bom grado a um tal tipo de *hara-kiri*). A conclusão que daqui parece poder decorrer é que, ao contrário do que acontece nas relações direito estadual – Direito Internacional no nosso caso o Direito Comunitário chamou a si a autoridade para estabelecer o estatuto desse relacionamento. Como que se dirá assim que o poder terá passado, no que a este ponto particular concerne, da periferia (as ordens jurídicas estaduais) para o centro (a ordem jurídica comunitária), em função do que não parece arriscado nem excessivo pretender ver neste aspecto a nota mais saliente do federalismo jurídico com que por vezes se pretende caracterizar a ordem jurídica comunitária) – *Das comunidades à União Europeia*. Coimbra Ed. 1994. p. 100-101; no que concerne a aplicação direta e efeito imediato da norma comunitária, são exemplos, entre outros, os Acórdãos Van Gend en Loos, de 2/63,

francesa, que vincula la ratificación del compromiso internacional al procedimiento de revisión constitucional, conforme prescribe el artículo 54, siempre que haya contradicción de un tratado con la Constitución<sup>68</sup>.

## II. CONCLUSIÓN

Es obvio que las sugerencias están circunscriptas al período de *transición*, en la medida que con la constitución definitiva del Mercosur – en la configuración del modelo europeo – la cuestión de la jerarquía de los tratados y el control de constitucionalidad, hoy aplicado y conocido, quedan suplantados: (a) por el principio de autonomía del derecho comunitario frente a los ordenamientos internos de los Estados partes; (b) por el principio de aplicación directa y efecto inmediato de la norma comunitaria, prescindíéndose de la incorporación o de la recepción; (c) por el principio de la primacía del derecho comunitario frente a las leyes y constituciones nacionales<sup>69</sup>.

<sup>68</sup> Artículo 54 – “Si el Consejo Constitucional, es solicitado a pronunciarse por el Presidente de la República, por el Primer Ministro o por el Presidente de cualesquiera de las Cámaras, declara que determinado compromiso internacional contiene alguna cláusula contraria a la Constitución, la autorización de ratificación o aprobación de ese compromiso, sólo podrá tener lugar después de la revisión de la Constitución”.

<sup>69</sup> En lo concerniente al principio de la autonomía del Derecho Comunitario, destacamos la observación del Prof<sup>o</sup> Rui Moura Ramos: “A nuestro modo de ver, el paso decisivo y esencial en el camino de la afirmación de la autonomía del Derecho Comunitario fue dado cuando él llamó la sede disciplinar en su relación con los derechos de los Estados en los que se va a insertar. En rigor, lo que impresiona no es en sí que el Derecho Comunitario pueda producir directamente efectos en el seno de las normas estatales prevaleciendo sobre toda norma nacional, independientemente de la naturaleza jurídica de ésta, y que, en el interior de los sistemas nacionales su interpretación esté sujeta a un control llevado a cabo por instancias comunitarias; más bien, lo que es significativo es que todo ello sea el resultado del propio Derecho Comunitario y no del orden jurídico nacional (que, reconozcamos, dificilmente se sometería de buen grado a un tipo de *hara-kiri*). La conclusión que parece derivar de aquí, es que, al contrario de lo que ocurre en las relaciones del derecho de los Estados – Derecho Internacional, en nuestro caso, el Derecho Comunitario requirió la autoridad para establecer el estatuto de esa relación. Como se verá, así que el poder haya pasado, particularmente en este punto, de la periferia (el ordenamiento jurídico de los Estados) para el centro (el ordenamiento jurídico comunitario) en función de lo que no parece arriesgado ni excesivo pretender viendo así, en este aspecto, la nota más sobresaliente del federalismo jurídico con que a veces se pretende caracterizar el ordenamiento jurídico comunitario” – en *De las Comunidades a la Unión Europea*. Coimbra, 1994. p. 100-101; respecto a la aplicación directa y de efecto inmediato de la norma comunitaria, son ejemplos, entre otras, las decisiones colegiadas Van Gend

É certo que as afirmações *supra* causam perplexidade entre nós<sup>70</sup>, mas a verdade é que precisamos acompanhar os novos tempos, buscando soluções adequadas para os problemas que surgem, com o espírito aberto e desarmado para compreender a evolução dos institutos jurídicos e a necessária dinâmica do direito em prol da disciplina e da segurança social.

---

Simmenthal, de 3/78 – quanto ao direito primário; e quanto ao direito derivado, sobre o efeito direto, confira-se o Acórdão Politi, de 12/71; já no que respeita à *primazia* do direito comunitário sobre as ordens internas, inclusive quanto às normas constitucionais, é de se destacar a enfática observação do Prof. Fausto de Quadros: “Ora, a uniformidade do Direito Comunitário impõe o primado de todo o Direito Comunitário (originário, isto é, os tratados comunitários, e derivado, quer dizer, as normas e os actos emanados dos órgãos comunitários) sobre todo o Direito estadual (inclusive a Constituição), seja este anterior ou posterior aos tratados comunitários ou à norma comunitária concretamente em causa. Por outras palavras: impõe necessariamente que o Direito Comunitário, na hierarquia das fontes de Direito de cada Estado-membro, ocupe um grau supranacional. O primado do Direito Comunitário tem, pois, de ser absoluto e incondicional – sob pena de não haver primado. Por isso, conceder primado à Ordem Jurídica comunitária sobre os Direitos estaduais, mas recusá-lo sobre a Constituição, equivale a recusar em absoluto o primado, porque o Direito Comunitário, filtrado por doze Constituições estaduais diferentes, vê perdida a sua característica essencial, que é a da sua uniformidade. E, dessa forma, fica inclusivamente afetada uma das conseqüências jurídicas do princípio da uniformidade, que é o da igualdade entre os Estados-membros e entre os seus cidadãos na aplicação do Direito Comunitário” – *Direito Internacional Público*. Coimbra : Almedina, 1995. p. 125-126; na jurisprudência da Corte Européia, sobre o primado do direito comunitário sobre as ordens internas, são exemplos, entre outros, os Acórdãos COSTA/ENEL, de 7/64, COMPTOIR DE VENTE DU CHARBON DE LA RHUR, de 7/60, e INTERNATIONALE HANDELSGESELLSCHAFT, de 12/70.

<sup>70</sup> Sobre o tema, confira-se Jorge Fontoura, para quem o Direito Comunitário “não é um direito revolucionário, subversor de convicções jurídicas seculares” e Maristela Basso, que, em feliz observação, afirma que os ajustes a serem feitos são “o resultado das necessidades que decorrem de um processo de constituição de um mercado comum”, (*Mercosul*, seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros. Livraria do Advogado, 1995. p. 11).

Es cierto que las afirmaciones *supra* causan perplejidad entre nosotros<sup>70</sup>, pero la verdad es que precisamos acompañar los nuevos tiempos, buscando soluciones adecuadas para los problemas que surgen, con espíritu abierto y objetivo para comprender los institutos jurídicos y la necesaria dinámica del derecho en pro de la disciplina y de la seguridad social.

---

En Loos, de 2/63, Simmenthal, de 3/78 – en cuanto al derecho primario; y en cuanto al derecho derivado, sobre el efecto directo, consúltese el acuerdo consensuado Politi, de 12/71; por lo que respecta a la primacía del derecho comunitario sobre el orden interno, incluso sobre las normas constitucionales ha de destacarse la observación enfática del Prof<sup>º</sup> Fausto de Quadros: “Nótese que la uniformidad del Derecho Comunitario impone la primacía de todo el Derecho Comunitario (originario, esto es, los tratados comunitarios, y derivado, es decir, las normas y los actos emanados de los órganos comunitarios) sobre todo el Derecho estadual o posterior a los tratados comunitarios o a la norma comunitaria concreta encausada. En otras palabras: impone que el Derecho Comunitario, necesariamente, en la jerarquización de las fuentes del Derecho de cada Estado miembro, ocupe un grado supranacional. La primacía del Derecho Comunitario tiene que ser, por tanto, absoluta e incondicional – bajo pena de no haber primacía. Por eso que, conceder primacía al Ordenamiento Jurídico Comunitario sobre el Derecho de los Estados y recusarla sobre la Constitución equivale a rechazar dicha primacía porque el Derecho Comunitario, filtrado por doce Constituciones estatales diferentes, ve cómo se pierde su característica esencial: la uniformidad. De ese modo queda afectada una de las consecuencias jurídicas del principio de uniformidad que es el de la igualdad entre los Estados miembros y entre sus ciudadanos a la hora de aplicar el Derecho Comunitario”; en *Derecho Internacional Público*. Almedina : Coimbra, 1995. p. 125-126; en la jurisprudencia de la Corte Europea, sobre la primacía del derecho comunitario sobre el orden interno, son ejemplos, entre otros, los acuerdos colegiados COSTA/ENEL, de 7/64, COMPTOIR DE VENTE DU CHARBON DE LA RHUR, de 7/60 e INTERNATIONALE HANDELSGESE LLSCHAFT, de 12/70.

<sup>70</sup> Sobre el tema, véase Jorge Fontoura, para quien el Derecho Comunitario “no es un derecho revolucionario, subversor de convicciones jurídicas seculares” y Maristela Basso, que en feliz observación afirma que los ajustes a ser hechos son “el resultado de las necesidades que derivan de un proceso de constitución de un mercado común”, ambos en *Mercosur*: sus efectos jurídicos, económicos y políticos en los Estados miembros. Librería del Abogado, 1995. p. 11.



SENADO FEDERAL  
SECRETARIA ESPECIAL DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES  
Praça dos Três Poderes s/nº – CEP 70168-970  
Brasília – DF

**SENADO FEDERAL  
SECRETARIA ESPECIAL  
DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES**

**DIRETOR  
Claudionor Moura Nunes**

**DIRETOR DA SUBSECRETARIA INDUSTRIAL  
Júlio Werner Pedrosa**

**DIRETOR DA SUBSECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO,  
SUPRIMENTO DE MATÉRIAS-PRIMAS E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO  
Luiz Augusto da Paz Júnior**

**DIRETOR DA SUBSECRETARIA DE APOIO TÉCNICO  
Florian Augusto C. Madruga**

**DIRETOR DA SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS  
Raimundo Pontes Cunha Neto**

**DIRETOR DA SUBSECRETARIA DE ANAIS  
Flávio Romero Cunha Lima**