

# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 45 • nº 179  
julho/setembro – 2008

**Edição especial em comemoração  
aos vinte anos da promulgação da  
Constituição de 1988**

Organização  
Jorge Fontoura

# A repercussão internacional da Constituição brasileira de 1988

## Alguns fragmentos

Jorge Fontoura

Mesmo antes de sua promulgação, a Constituição brasileira de 1988 passou a chamar a atenção de estudiosos de direito constitucional de outros países, mercê, entre outras nuances, da incomum extensão e da inaudita variação temática. O presente artigo cuida de referir conferências realizadas em outros países, após a conclusão dos trabalhos constituintes, com o escopo de documentar tanto a busca de explicações para passagens críticas da nova Lei Maior, como a curiosidade sadia com a qual a comunidade acadêmica voltou-se para o estudo do “caso brasileiro”. A transgenia parlamentarismo/presidencialismo, que por considerável tempo freqüentou os debates pós-constituente, como dialética pendente em texto jurídico feito e acabado, promulgado e em vigor, também alimentava a perplexidade de estudiosos. Em particular, da Europa, forjados em cartesianismo e em rigidez de formas.

A propósito da vocação cosmopolita e do apelo comparatista dos trabalhos constituintes, em 5 de outubro de 1988, quando da promulgação da Carta, um dos momentos mais significativos da cerimônia presidida por Ulysses Guimarães foi a conferência proferida pelo Presidente da Assembléia da República Portuguesa Victor Crespo, acadêmico e jurista da melhor cepa lusa, convidado de honra para o evento. Em seu discurso, Crespo destacou a importância da

Constituição que se inaugurava também para os estudos comparatistas, destacando os traços peculiares da norma fundamental, com minudências e percuciência, a demonstrar profundo domínio do direito brasileiro.

O primeiro fragmento que referimos diz respeito à conferência realizada na Universidade de Paris I, Panthéon-Sorbonne, no Centro de Estudos Constitucionais e de Direito Comparado, então presidido pelo Professor Didier Maus, à época Presidente da Associação Francesa de Direito Constitucional. Na atualidade, Maus preside o Conselho de Estado da República da França; o terceiro homem do Estado após o Presidente da República e o Primeiro-ministro. Em presença de auditório de estudantes e professores de pós-graduação e de III Ciclo, provenientes de diversos continentes, discutiu-se, por todo um seminário, a nova Constituição brasileira, com base na exposição realizada, da qual destaco as seguintes partes:

Tout d'abord je voudrais remercier le Centre de Recherche de Droit Constitutionnel de l'Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne, et plus particulièrement Messieurs Maus et Conac, de leur invitation à faire cette conférence, et vous dire combien je suis heureux d'être ici. Pour moi, qui suis brésilien, venir m'entretenir avec vous, à Paris I, Panthéon-Sorbonne, ressemble vraiment à un pèlerinage aux sources les plus élevées du droit public et, par là même, à l'origine des principes juridiques dans lesquels nous avons tous été élevés.

C'est aussi un plaisir parler de Droit Constitutionnel, notamment de la toute récente expérience brésilienne, même si je dois le faire en français. Vous savez que pour nous qui parlons d'autres langues latines ce n'est pas facile de nous faire comprendre: nous avons parfois tendance à employer des mots qui n'existent pas en français.

Heureusement nous avons parmi nous Monsieur Stephane Monclaire, professeur à l'Université de Paris I, qui est connaisseur du Droit Constitutionnel brésilien et même de la langue parlée au Brésil. Je suis sûr que si nous en avons éventuellement besoin il pourra nous aider dans cet exposé.

"La Constitution brésilienne de 1988, premier bilan", est donc le sujet que nous avons choisi. Bien à propos, puisqu'en aura lieu une révision constitutionnelle, en application de l'article 3 du chapitre consacré aux dispositions transitoires, ce qui peut sembler un peu incohérent dans une charte qui vient d'être élaborée. Bien au contraire, ce dispositif dénote grande prudence, car il permettra de corriger des erreurs éventuellement constatées au long des cinq premières années d'application de la nouvelle constitution, qu'il s'agisse d'erreurs de forme, c'est à dire de questions de terminologie, ou de questions de substance ayant trait au fonctionnement des institutions, tel que prévu. Il faut tout d'abord rappeler que le processus constituant qui a abouti à la Constitution brésilienne en vigueur s'est déroulé pendant la transition vers la démocratie avec, bien sûr, toutes les crises que cela comporte. Je crois que ces périodes de transition entre un régime autoritaire et un ordre constitutionnel inspiré de la philosophie politique des Lumières, si riche en élucubrations constitutionnalistes, sont extrêmement délicates, si on les compare à l'élaboration constitutionnelle classique. Les cas récents de l'Espagne et de la Grèce en sont des exemples assez clairs. Dans le cas du processus brésilien, il faut ajouter que l'Assemblée Nationale Constituante était composée par les membres même du pouvoir

Legislatif, avec tous les inconvénients que cela comporte, depuis le petit prosélytisme occasionnel, jusqu'aux concessions tout à fait compréhensibles, puisque "élection oblige".

Probablement pour ces raisons de la "politique politicienne" la Constitution brésilienne, plutôt que de traiter des questions traditionnelles des constitutions européennes, a choisi d'aborder les sujets les plus divers, ce qui en fait un texte constitutionnel, si j'ose dire, "sui generis". En effet, il n'est pas courant de trouver une constitution qui traite également des taux d'intérêts bancaires, pour les limiter à 12% par an, des retraites de certaines professions exotiques, comme les "seringueiros" (les saigneurs d'hévéas), des pensions des anciens combattants de la deuxième guerre mondiale, du régime fiscal du port de Manaus, des droits d'auteur, du système foncier rural, de la radiodiffusion, des Indiens, de l'environnement, dans un texte extrêmement long, complexe et bien souvent répétitif.

Je me permets, donc, dans ce contexte, une petite réflexion, fruit de l'expérience de quelqu'un qui a directement participé à cette Assemblée Nationale Constituante, en qualité d'assistant parlementaire. C'est un paradoxe que dans notre système juridique, de Droit écrit et d'inspiration latine, et donc sans racines dans la *Common Law*, avec toutes les conséquences que cela implique, les constituants aient été dépourvus des connaissances juridiques nécessaires à l'accomplissement de la plus haute mission qui soit en ce domaine: celle d'élaborer le texte juridique par excellence. C'est une nécessité de la vie démocratique, bien entendu, mais le paradoxe persiste tout de même.

Dans l'Assemblée Nationale Constituante que nous avons tout récem-

ment connue au Brésil, 20% seulement des constituants, à peu près, avaient des connaissances juridiques suffisantes. Si, théoriquement, ce n'est pas un gros problème, je peux vous assurer que dans la pratique c'est devenu, bien au contraire, une considérable source de difficultés.

Il est inutile de souligner devant vous l'importance de la précision terminologique et conceptuelle dans le domaine du Droit, particulièrement dans un système de droit écrit, comme l'est d'ailleurs également votre système juridique. Imaginez la difficulté qu'il y a à faire comprendre à un médecin de l'Amazonie ou à un éleveur du Mato Grosso, en plein débat, que l'État fédéral est formé des États-membres, comme dans le modèle traditionnel, et qu'il n'existe pas de modèle de fédération rassemblant, outre les États-membres, des communes, conformément à la rédaction actuelle de l'article premier: "La République Fédérative du Brésil, formée de l'union indissoluble des Etats, des Communes...". Ce sont là, sans doute, des détails disons byzantins, mais ils ne devraient pas figurer dans le texte de la "lois des lois", qui traite de la mise en place des institutions fondamentales de l'État.

Nous y trouvons d'autres erreurs de terminologie assez curieuses et qui seront certainement corrigées pendant la révision à venir, comme par exemple ce qu'on trouve à l'article 84, concernant les attributions exclusives du Président de la République, dont l'alinéa 7 affirme qu'il lui appartient de gérer les relations avec les états étrangers et d'accréditer leurs représentants diplomatiques. Or, il y a ici une énorme ambiguïté: celui qui accrédite un agent diplomatique, selon les règles et la terminologie du droit diplomatique concernées, c'est

le Chef d'État qu'il représente, celui de l'État d'envoi, et non pas le Chef d'État auprès duquel il exerce le "jus legationis", comme il apparaît dans la rédaction actuelle.

Il est d'ailleurs extraordinaire de constater que dans la traduction en français du texte de la Constitution de 1988, faite à Brasília par Messieurs Jacques Villemain, Premier Secrétaire près l'Ambassade de France au Brésil et Jean-François Cleaver, traducteur de langue française au Sénat Brésilien, cette grosse faute a été corrigée d'une façon curieuse grâce à une divergence fortuite entre les grammaires française et brésilienne. Il y a ainsi beaucoup d'autres détails significatifs qui devraient être corrigés, mais ils ne sont pas, de toute évidence, le plus important, en regard des problèmes de fond que je vais aborder maintenant.

La question cruciale, le vrai dilemme de la vie politique brésilienne actuelle, c'est la crise d'identité de la Constitution en ce qui concerne le système de gouvernement. L'idée initiale de la Constituante était, à l'évidence, d'élaborer un projet de système parlementaire. Ce qui s'est produit, à cause de circonstances politiques tout à fait ponctuelles, c'est un glissement pendant les travaux des constituants, vers une forme présidentielle des plus classiques, finalement adoptée au dernier moment. On se retrouve actuellement avec un texte d'inspiration parlementaire, qui prévoit même l'existence d'institutions typiques de ce système, mais qui consacre "de facto" le modèle présidentiel le plus orthodoxe.

Il est tout à fait surprenant de trouver, par exemple, à l'article 89, la création d'un Conseil de la République chargé d'assister le Président de la République dans ses attributions exclusives,

ce qui est une pratique totalement étrangère au régime présidentiel. Une autre chose, plus grave encore, c'est la possibilité, pour le Congrès, de convoquer un Ministre d'État, membre du pouvoir Exécutif, nommé et renvoyé à la discrétion du Président de la République.

Cette opposition entre système présidentiel et système parlementaire est de fait en passe de devenir le principal sujet de débat au Brésil, puisque l'article 2<sup>o</sup> du chapitre consacré aux Dispositions Transitoires établit que: "Le 7 septembre 1993, l'électorat définira, par voie de plébiscite, la forme (république ou monarchie constitutionnelle) et le système de gouvernement (régime parlementaire ou présidentiel) qui doivent régir le pays".

Dans ce cadre que nous venons de tracer, que peut-on espérer de la révision constitutionnelle qui aura lieu? Premièrement, on peut observer que peut-être à ce moment l'histoire progresse-t-elle au Brésil d'une façon beaucoup plus lente qu'ailleurs, parce qu'en vérité cinq années ne sauraient suffir à apprécier ce qu'a été la vie constitutionnelle brésilienne depuis le 5 octobre 1988. En effet, plusieurs dispositions de la Constitution n'ont pas encore été appliquées, dans la mesure ou n'a pas encore été élaborée la législation complémentaire qui devrait intervenir, de nature législative, donc, et qui devrait permettre de mettre en oeuvre ces dispositions, dont certaines sont de première importance. Selon le Bureau Technico-législatif du Sénat Fédéral il y a encore 147 lois infra-constitutionnelles à rédiger pour que le nouveau système constitutionnel brésilien puisse être considéré comme étant totalement en vigueur. Leur élaboration est anormalement lente, comme on le

voit, par exemple, dans le cas de la loi de défense du consommateur qui, prévue en 1988, n'a été promulguée qu'en 1991, d'ailleurs sous l'inspiration du modèle français.

Et pourquoi le pouvoir Législatif ne légifère-t-il pas? Les raisons de cette anomalie sont nombreuses et parmi celles-ci on peut facilement citer le conflit, quelquefois sournois, quelquefois ouvert, opposant le Pouvoir Exécutif et le Pouvoir Législatif, au sujet de la définition du système de gouvernement. Sans doute cette dispute est-elle devenue une des causes les plus importantes, ou même déterminante, de cette atrophie législative. La pomme de discorde consiste à savoir qui doit réellement gouverner: jusqu'à maintenant, c'est l'Exécutif que le fait, mais d'une façon provisoire, puisque cela peut être changé par le plébiscite de septembre de l'an prochain, qui peut implanter le système parlementaire, bouleversant ainsi l'ensemble de la logique de pouvoir.

Ce sera au peuple de décider sur ce point, mais il y a déjà une dispute, que je trouve normale, entre les deux pouvoirs concernés. En attendant cette importante définition, nous avons concrètement, en politique intérieure, une grande crise de pouvoir, avec un président de la République qui éprouve de grandes difficultés à gouverner, pris comme il l'est dans l'étai suivant: premièrement, de profondes réformes doivent être accomplies; deuxièmement, le Président de la République n'a pas d'appuis suffisants au congrès, bien au contraire, il gouverne donc par des lois extraordinaires; c'est à dire en recourant aux mesures provisoires permises par la Constitution, bien sûr, mais seulement dans des circonstances exceptionnelles clairement définies

à l'article 62, qui établit que "en cas d'intérêt de particulière importance ou d'urgence, le président de la République peut adopter des mesures provisoires ayant force de loi". L'article établit aussi que la mesure provisoire doit être appréciée au Congrès dans le délai de 30 jours, avec possibilité de la rééditer en cas de silence du Législatif. Troisièmement: le Congrès, de son côté, s'oppose à ces mesures provisoires, en refusant de les ratifier, ce qui avive le conflit. Quelle est la conséquence de cela? Une paralysie des institutions qui aggrave la crise et engendre ce qu'on pourrait appeler, d'une façon optimiste, une incertitude cahotique. Et pourtant, il n'y a qu'un conflit normal de définition du pouvoir, dont on ne sait par qui il doit, de droit, être exercé.

Ce vide législatif engendre, bien sûr, plusieurs problèmes, mais je crois que dans le cas brésilien actuel, le plus grave de ceux-ci est la crise institutionnelle, terriblement préjudiciable à l'éducation et à la pédagogie politique, et à la vie démocratique qu'on essaye de mettre en place.

La Constitution existe mais ne peut être totalement appliquée. Et puis, il y a le rôle que le Pouvoir Judiciaire est appelé à jouer en l'occurrence, parfois saisi de questions vraiment insolite, engendrées par ce contexte totalement atypique. Ce pouvoir est ainsi souvent mal compris en ses arrêts. Cela se produit habituellement lorsqu'une parti politique et des citoyens exige par voie judiciaire des avantages prévus dans la Constitution, mais par des articles qui ne sont pas encore en vigueur. La diversité de décisions que l'on constate dans les plusieurs instances et circonscriptions judiciaires engendre des incertitudes et même des déceptions vis-à-vis de l'ordre juridique. De

toute façon, dans la précaire optique de la culture de masse toutes ces frustrations accumulées au fur et à mesure que les décisions du Pouvoir Judiciaire se modifient les unes les autres, font naître un scepticisme qui compromet le difficile apprentissage du jeu démocratique. Ce n'est pas sans raison qu'on discute très vivement aujourd'hui de l'institution, par la voie législative, d'une sorte "d'auto-saisine" de la Cour Suprême (appelée "avocation") des dossiers considérés comme essentiels à l'intérêt public. C'est là un sujet tabou dans le Brésil récemment redémocratisé, et la suppression d'instances et même le sacrifice du principe du juge naturel, pouvant dériver de cette "avocation", sont considérés comme intolérables par certains constitutionnalistes. Mais les tenants de cette innovation font valoir qu'elle permettrait d'accélérer la procédure et d'anticiper la décision finale, dans l'intérêt public. C'est aussi un débat assez intéressant dans cette riche période de la vie politique brésilienne.

Il faut ajouter que la révision constitutionnelle qui aura lieu se produira seulement un mois après le référendum, au suffrage universel et direct, sur le système de gouvernement. Elle n'aura donc dans la pratique qu'une portée limitée, en fonction du résultat du référendum la précédant, qui décidera entre monarchie et république, d'une part, et régime présidentiel et parlementaire, d'autre part. On a récemment relevé au sein du Congrès un mouvement favorable à l'adoption du régime parlementaire par le biais d'une anticipation du plébiscite sur la forme de gouvernement, pour que la crise de gouvernabilité actuelle soit résolue le plus tôt possible. Il est clair qu'une telle anticipation n'est appuyée ni par les présidentialistes

ni par le pouvoir Exécutif lui-même. Cela souleve une intéressante question de théorie constitutionnelle, d'ailleurs héritée de la meilleure tradition française, sur le pouvoir constitutionnel originaire et le pouvoir constitutionnel dérivé. La question est de savoir si une disposition modifiant le texte constitutionnel pourrait être adoptée par un pouvoir Législatif dépourvu de pouvoir constituant original, surtout s'il s'agit de contredire expressément une disposition prise par l'Assemblée Nationale Constituante, clairement manifestée dans l'article 3 des dispositions constitutionnelles transitoires.

Je crois avoir fait mention de quelques-unes des importantes questions de la récente conjoncture constitutionnelle brésilienne, aux fins d'entamer la discussion et d'animer les débats. Peut-être que la question essentielle, par rapport aux dilemmes constitutionnels que le Brésil affronte en ce moment, est celle de savoir (ou d'imaginer selon Monsieur Camus) si Sisyphe est heureux.

Os temas ecológicos e de preservacionismo ambiental ganharam nos anos 1980 importância capital. A consciência universal despertou para necessidades derivadas do ambientalismo como política pública internacional. Enquanto preparavam-se grandes cimeiras da temática específica, como as Conferências de Quioto e do Rio de Janeiro, em que prevalecem o *zeitgeist* da luta contra o aquecimento global, o Brasil notabilizava-se pela modernidade de sua Lei Maior, com destaque para o Título VIII, Capítulo VI, que incluía de forma peremptória a preservação do meio ambiente como bem jurídico-constitucional.

No plano acadêmico internacional, o direito ambiental nascente debruçava-se com interesse e admiração sobre a nova carta constitucional brasileira, que se projeta como *estado-da-arte* do ambientalismo

jurídico. Na Itália, um dos grandes emuladores da neodisciplina era Túlio Scovazzi, internacionalista e comparatista emérito, professor das Universidades de Parma e de Gênova, e colaborador assíduo da pioneira *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, da Editora Giuffrè, de Milão, verdadeiro diário oficial do emergente direito ambiental italiano. Sob seus auspícios, nos primeiros anos 1990, participei de conferências e seminários jus-ambientalistas, levando as novidades da constituição brasileira recém promulgada. Como decorrência de tais atividades universitárias, fomos instados a publicar e a fazer repercutir na importante revista (*Rivista Giuridica dell'Ambiente*, Giuffrè Editore, Milano, diretta da Achille Cutrera e Stefano Nespore, Anno IV, Trimestrale, nº 2, giugno 1992) artigo-resenha denominado "Il Diritto dell'Ambiente nella Nuova Costituzione Brasiliana", do qual transcrivemos alguns excertos, na exata forma em que foram publicados, a bem de fidelidade histórica do fragmento.

Il tono solenne, che a volte sembra eccessivamente retorico o ripetitivo, e che ha caratterizzato il testo della nuova Costituzione brasiliana del 5 ottobre 1988, e anche proprio del capitolo dedicato all'ambiente.

E conveniente osservare che la grande importanza data ai dettagli, forse eccessiva, che ha caratterizzato i lavori costituenti, durati più di due anni, nei quali furono ammessi anche emendamenti provenuti direttamente dal popolo (le *Emendas Populares*) non è da attribuirsi alla tradizione "latina", tipica anche del Brasile. Al contrario, si tratta di un palese riflesso del fatto che in Brasile, data la precarietà e la giovinezza delle istituzioni pubbliche, il gigantismo geografico e le difficoltà amministrative, che generano una grande instabilità politica, la non applicazione o l'inefficacia delle leggi sono molto comuni. Di qui la convinzione che lo

status costituzionale conferito alle norme considerate importanti sia una garanzia della loro obbligatorietà e possa significare una maggiore attesa di legittimità e efficacia.

Per quanto riguarda il capitolo sull'ambiente, sicuramente una delle normative ambientaliste più dettagliate e complete, e opportuno osservare che le pressioni di megasettori industriali, la maggioranza dei quali multinazionali, che si sono inseriti con potenti lobbies a Brasilia praticamente per tutta la durata dei lavori dell'Assemblea Nazionale Costituente, furono ignorate, cosa che per sé stessa può dimostrare il pregevole grado d'indipendenza della maggioranza dei 525 costituenti.

Un altro aspetto interessante e che in Brasile il movimento verde ancora non ha preso le dimensioni di uno o più partiti, come in Europa. Quindi, le delibere a favore dell'ambiente furono ecumeniche, raggruppando le più differenti tendenze politiche, in uno dei capitoli della Costituzione più facilmente discussi ed approvati, ciò che è un altro importante indizio di quale sia la volontà comune della nazione brasiliana per quanto riguarda i temi ecologici.

Così dispone la Costituzione brasiliana, nell'art. 225:

"Articolo 225. - Tutti hanno diritto ad un ambiente ecologicamente equilibrato, bene di uso comune del popolo e essenziale per una sana qualità della vita; e il Potere Pubblico e la collettività hanno il dovere di difenderlo e preservarlo per le generazioni presenti e future.

§ 1. Per assicurare l'effettività di questi diritti il Potere Pubblico deve:

I) preservare e restaurare i processi ecologici essenziali provvedendo alla gestione ecologica delle specie e degli ecosistemi;



II) preservare la diversità e l'integrità del patrimonio genetico del paese e controllare gli enti che si occupano della ricerca e della manipolazione del materiale genetico;

III) definire, in tutti gli Stati della Federazione, gli spazi territoriali e i loro componenti che devono essere specialmente protetti, essendo l'alterazione e la soppressione permesse soltanto per mezzo della legge; rimanendo vietata qualunque utilizzazione che compromette l'integrità degli attributi che giustificano la loro protezione;

IV) esigere, secondo la legge, per l'installazione di attività causa potenziale di degrado significativo dell'ambiente, un preventivo studio d'impatto ambientale, al quale sarà data pubblicità;

V) controllare la produzione, la commercializzazione e l'impiego delle tecniche, dei metodi e delle sostanze che comportano rischio per la vita, la qualità di vita e l'ambiente;

VI) promuovere l'educazione ambientale a tutti i livelli di insegnamento e la coscienza pubblica per la preservazione dell'ambiente.

VII) proteggere la fauna e la flora, essendo vietate, secondo la legge, le pratiche che mettono in pericolo le loro funzioni ecologiche, provocano l'estinzione delle specie o sottopongono gli animali a crudeltà.

Colui che sfrutta le risorse minerali è obbligato a restaurare l'ambiente degradato, mediante i mezzi tecnici richiesti dall'organo pubblico competente, secondo la legge.

§ 3. Gli autori di comportamenti e attività considerati lesivi per l'ambiente, siano essi persone fisiche o giuridiche, sono soggetti a sanzioni penali e amministrative, indipendentemente dall'obbligo di riparare i danni causati.

§ 4. La Foresta Amazonica Brasileira, la Selva Atlantica, la Catena del Mare, la Palude di Mato Grosso e la Zona Costiera sono patrimonio nazionale e la loro utilizzazione sarà fatta secondo la legge, entro condizioni che assicurino la preservazione dell'ambiente.

§ 5. È vietata l'utilizzazione delle terre devolute agli Stati o da essi acquisite, tramite azioni di pubblica utilità, necessarie alla protezione degli ecosistemi naturali.

§ 6. La localizzazione delle centrali che utilizzano reattori nucleari e disposta da legge federale, senza la quale esse non potranno essere installate".

Tutte queste disposizioni rimarrebbero prive di senso se non esistesse un apparato in grado di attuare e di fare rispettare. La Costituzione prevede, in altri articoli, le forme secondo le quali la collettività ed i singoli possono esigere giuridicamente che lo Stato adempia alla Costituzione stessa. Ad esempio, l'articolo 5, LXXIII, stabilisce che ogni cittadino è legittimato a proporre azione popolare diretta all'annullamento di un atto lesivo dell'ambiente, del patrimonio storico e culturale e, essendo l'attore esonerato dalle spese giudiziali e dagli oneri di soccombenza, salvo che venga provata la mala fede.

Ancora, l'articolo 129 relativo alle funzioni istituzionali del Pubblico Ministero dispone, al punto III, che esso debba promuovere le azioni per la protezione dell'ambiente. Queste disposizioni costituzionali riguardanti l'ambiente possono sembrare troppo dettagliate, rispetto alla genericità che avrebbe dovuto caratterizzare il testo costituzionale. Comunque, in un paese in gran parte nuovo, dove le istituzioni pubbliche sono ancora deboli, questa apparente esagerazio-

ne retorica è invece necessaria come espressione di volontà politica.

La tutela dell'ambiente è stata inoltre prevista in una serie di articoli che stabiliscono regole molto chiare e obiettive, inserite in altri capitoli. Per esempio, l'art. 170:

"Articolo 170. - L'ordine economico, basato sulla valorizzazione del lavoro umano e sulla libera iniziativa, ha per scopo assicurare a tutti un'esistenza degna, in conformità con le norme della giustizia sociale, osservati i seguenti principi:

- I) sovranità nazionale;
- II) proprietà privata;
- III) funzione sociale e della proprietà;
- IV) libera concorrenza;
- V) difesa del consumatore;
- VI) difesa dell'ambiente;
- VII) riduzione delle disuguaglianze regionali e sociali;
- VIII) piena occupazione;
- IX) trattamento favorito per le imprese brasiliane con capitale nazionale e di piccole dimensioni.

Par. Uno. E assicurato a tutti il libero esercizio di qualunque attività economica indipendentemente da autorizzazione degli organi pubblici, salvo nei casi previsti dalla legge".

Un altro riferimento importante a questa tematica ambientalista si ha nel capitolo che tratta dell'essenziale problema della riforma fondiaria, il quale stabilisce che le terre insuscettibili di espropriazione da parte dello Stato sono soltanto quelle che compiono la loro funzione sociale, e definisce in seguito che cosa sia compiere la funzione sociale, nei seguenti termini:

"Articolo 186. - La funzione sociale è compiuta quando la proprietà rurale osserva, contemporaneamente, secondo criteri legali e gradi di esigibilità stabiliti dalla legge, i seguenti requisiti:

I) utilizzazione ragionevole e adatta;

II) utilizzazione appropriata delle risorse naturali disponibili e preservazione dell'ambiente.

III) osservanza delle disposizioni che regolano i rapporti di lavoro.

IV) sfruttamento che favorisca il benessere dei proprietari e dei lavoratori".

Come si vede, l'appropriata utilizzazione dell'ambiente è uno dei requisiti indispensabili alla garanzia della proprietà, cui conferisce status giuridico oggettivamente posto.

Oggi, considerato il nuovo testo costituzionale con riferimento all'ambiente, è possibile affermare che già esiste un quadro giuridico atto a fronteggiare la grande sfida della preservazione ecologica in Brasile. Rimane soltanto da sperare che questo testo costituzionale si renda effettivo, con una pratica concreta, e che essa non resti norma atrofizzata dal disuso".

Não é demais lembrar, por justo e necessário, que a paradigmática modernidade do texto constitucional brasileiro acerca da tutela do meio ambiente deve-se em grande medida aos ingentes trabalhos do Deputado Federal constituinte Fábio Feldmann (PSDB/SP). Estudioso notável de temas ecológicos e com grandes contatos internacionais, Feldmann constituiu o núcleo duro da bancada preservacionista da Assembléia Nacional Constituinte, suprapartidária e cosmopolita, que tantos benefícios soube trazer à sociedade brasileira.

Como derradeiro fragmento que colacionamos no presente artigo, aborda-se a questão da necessária compatibilidade que Constituições de Estados aderentes a blocos econômicos devem contemplar, em conferência e depois artigo, produzidos para o CEFIR/Instituto Europeu de Maastricht, por ocasião do Curso de Estudos Aprofundados em Integração Regional, celebrado em

Montevideo nos primeiros anos 1990. Ao passar a integrar bloco econômico, o MERCOSUL, a partir de 26 de março de 1991, quando aderiu ao Tratado de Assunção, o Brasil pôde constatar na prática as limitações de sua Constituição no que concerne a participação no regionalismo e na política de blocos econômicos. Ainda, com o intuito da fidelidade ao tempo em que foi escrito, reproduzimos o texto da conferência sem edição ou correções pontuais:

El presente documento se limitará a analizar la cuestión de la jerarquía de los tratados en los ordenamientos jurídicos de la Republica Federativa del Brasil. Se tratará describir y contrastar los modelos jurídicos nacionales de los demás países del Mercosur, en el marco del clásico dilema del conflicto entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Interno. A tomar en cuenta la naturaleza de la investigación propuesta, se procurará abstraer la discusión doctrinaria que el tema sugere, sin considerarse las teorías del dualismo y del monismo. Brasil adoptó en su recién Asamblea Nacional Constituyente el modelo de ausencia de disciplina constitucional reguladora de la jerarquía de los tratados.

Ante todo debe tenerse presente que la primacía del derecho de gentes sobre el derecho nacional del Estado soberano es, aún hoy, solo una propuesta doctrinaria. No hay por consiguiente, en el Derecho Internacional positivo, norma que determine substancialmente tal primacía. Se recomienda en ese sentido la minuciosa lectura de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, particularmente el artículo 27 y, *not least*, el artículo 46.

De hecho, en el orden constitucional brasileño no existe norma de preeminencia que regule la confrontación entre la ley federal y el tratado antecedente o posterior.

La reflexión sobre el señalado vacío normativo es actual, oportuna y, sobre todo, necesaria, incluso tomándose en cuenta la seguridad jurídica que debería preceder a las legislaciones de negociación forjadas en la consecución del modelo integracionista.

La lectura del texto constitucional brasileño revela que paralelamente a la referida ausencia de normas, los tratados pueden ser entendidos a través de una interpretación por analogía, como poseedores de una jerarquía equiparada a la ley federal (línea "a" del inciso III del artículo 105), sujetos, por lo tanto, al control de constitucionalidad (línea "b" del inciso III del artículo 102).

La investigación de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal relativa a 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 posterior), revela a lo largo de su historia señales positivas de que la excelsa Corte entiende, por lo menos en las decisiones más recientes, que en caso de conflicto, prevalece la norma posterior.

La falta de reglamentación de la disciplina jerárquica entre el tratado y la ley, tomándose en consideración que a la luz de la Constitución de 1988 y de las anteriores siempre se pudo entender de forma analógica que el tratado se equipara a la ley, sería posible afirmar que la cuestión encontraría respuesta, de lege lata, en el párrafo 1º del artículo 2º de la Ley de introducción al Código Civil, o simplemente en el aforismo *lex posterior derogat priori*.

En ocasión del juzgamiento del *Recurso Extraordinario nº 71.154 - PR/1971*, publicado en el Diario de Justicia, del 25.8.71, del que fue Relator el Ministro Oswaldo Trigueiro, se trató

el tema de la revocación de la ley interna por el tratado posterior, mencionando el Ministro tres precedentes de primacía del tratado frente a la ley anterior. Obsérvese que quedaba abierta la posibilidad de que la ley posterior también pudiese revocar el tratado.

De hecho, en ocasión del juzgamiento del *Recurso Extraordinario* n° 80.004-SE/1977, publicado en la Revista Trimestral de Jurisprudencia n° 83/809, del que fuera Relator el Ministro Cunha Peixoto, prevaleció por mayoría el criterio de que la ley posterior – en conflicto con el tratado – prevalecía sobre éste, ya que no hay en el marco constitucional precepto que determine algún grado de jerarquía entre el tratado y la ley y viceversa.

En la justificación del voto mayoritario se lee que la Corte entendía que la supremacía del tratado ante la ley posterior sólo se da en el campo tributario, por fuerza del art. 98 del Código Tributario Nacional (tratase de norma específica y no de principio de orden general); “Si la ley ordinaria no pudiese, por la Constitución, revocar la que previene de un tratado, no sería necesaria una disposición expresa de índole tributaria” (voto del relator).

Volviendo al tema central de la revocación del *Recurso Extraordinario* n° 80.004, la cuestión en el voto del Relator designado, Ministro Cunha Peixoto, se considera definitiva a partir de la siguiente afirmación: “La Ley proveniente del Congreso sólo puede tener su vigencia interrumpida, si violo alguna disposición de la Constitución y en aquella 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 si

sería inconstitucional – una ley que sólo podría ser revocada por el Jefe del Poder Ejecutivo, a través de la denuncia del tratado”.

La misma línea de orientación siguió el Ministro Cordeiro Guerra 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.

Corresponde a sí mismo citar, entre otros fallos, los del Supremo Tribunal Federal que al juzgar el *Recurso Extraordinario* N° 109.173-SP, entendió que el tratado no prevalece jamás sobre el texto constitucional. En el voto del Relator, Ministro Carlos Madeira, se lee lo siguiente: “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 el Relator, basándose en Carlos Maximiliano: “La Constituciones 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”.

Teniendo en cuenta que en la normativa constitucional de Argentina y Paraguay está bien definido el tema de sumisión a un orden jurídico supranacional, así como la jerarquía constitucional de los tratados, el examen y la respectiva reflexión serán efectuados en forma conjunta. En lo que se refiere a la cuestión del “orden jurídico supranacional”, la Constitución de la Nación Argentina permite, expresamente, la aprobación de tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales,

en condiciones de reciprocidad y igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos (inciso 24 del artículo 75).

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 parte, garantizado respecto a los derechos humanos, a la paz, a la justicia, a la cooperación y al desarrollo en los campos político, económico, social y cultural (artículo 145).

En los respectivos artículos se hace 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 parte que integran organización supraestatal, siendo la Constitución Argentina aún más explícita, al agregar la condición de reciprocidad. En lo referido a la supremacía de los tratados sobre las leyes internas, las Constituciones de Argentina y Paraguay también cuidaron de disciplinar expresamente el tema, 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 (Constitución Nacional del Paraguay).

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 que pudiese surgir con cualquier norma interna contraria. Entre otros, el Ministro Antonio Boggiano trae a colación en su libro "El Derecho Internacional en la Suprema Corte de la Nación Argentina" los juicios *Ekmekdjian, Miguel Angel versus Sofovich, Gerardo y otros*, de 1992; *Fibraca Constructora S.C.A. versus*

*Comisión Técnica Mixto de Salto Grande*, de 1993; *Cafés la Virginia S.A.* (juzgado dos meses antes de la sanción de la reforma constitucional de 1994), sobre apelación por denegación de repetición de impuestos de importación.

Por consiguiente, no hay duda que, a la luz de las citadas Constituciones, el legislador constitucional optó efectivamente por la superior jerarquía de los tratados sobre las leyes dictadas por los respectivos Congresos Nacionales, si bien es cierto que la Constitución Argentina fue mas allá, cuando confirió jerarquía constitucional a los tratados sometidos a una votación de 2/3 de las Cámaras Legislativas.

La realidad constitucional en la República Oriental de Uruguay es semejante a la brasileña y sufre de la misma falta de definición explícita, tanto en lo que concierne a la posibilidad de sometimiento a un ordenamiento jurídico supranacional, como en cuanto a la cuestión de la jerarquía constitucional de los tratados.

Cabe resaltar que, ante los términos del artículo 256 de la Constitución de Uruguay ("Las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razones de forma y contenido."), 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 en el ordenamiento jurídico interno se concluya con la sanción de una ley interna.

Es por ello que, considerando que la Constitución es la fuente suprema del ordenamiento jurídico del Estado Uruguayo, lo que resulta en la exégesis del mencionado art. 256, combinado con el art. 239 de la misma norma constitucional, ("A la Corte Suprema de Justicia corresponde: [...] juzgar o todos los infractores de

la Constitución, sin excepción alguna en las cuestiones relativas a los tratados, pactos y convenciones con otros Estados [...]”), es la falta de disciplina expresa en lo concerniente a la jerarquía entre la ley y el tratado, en sus respectivas normas. En la Constitución uruguaya se observa que la competencia para realizar tratados es asignada al Presidente de la República con la obligación de someterlos a consideración del Poder Legislativo para su aprobación por parte de las dos Cámaras (Diputados y Senadores).

Ante este cuadro normativo-constitucional, resulta que la participación de Uruguay en el MERCOSUR puede sufrir las mismas críticas que se hacen a la participación de 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 frente a la cuestión de la primacía del derecho constitucional *vis-à-vis* el Derecho Internacional Público.

La presente discusión no refleja mera cuestión académica. Se trata en verdad de uno de los más importantes temas de Derecho Público contemporáneo. Si la asimetría entre los regímenes constitucionales de los tratados fuese una cuestión meramente académica y de debate en torno al prestigio y eficacia del Derecho Internacional Público frente al ordenamiento jurídico nacional, la señalada y reconocida diferencia normativa no produciría mayores consecuencias, antes bien estaría circunscripta a los dominios de la contemplación especulativa del derecho comparado.

Pero eso no es lo que ocurre. El Tratado de Asunción de 25 de marzo de 1991, en su artículo 2º, establece que el “Mercado Común” estará basado

en la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados partes, en esa línea de pensamiento, y proyectando una hipotética situación en la 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 la ejecución de los tratados firmados en el marco del MERCOSUR – basen su acción u omisión en la cláusula de reciprocidad, se pregunta: ¿Sería procedente tal “alegación”?

En principio la respuesta es evidentemente positiva. La acción u omisión basada en la cláusula de reciprocidad podrá ser defendida legítima. Si el Tratado de Asunción establece derechos y obligaciones mutuas y recíprocas, necesariamente se evidencia su naturaleza jurídica de acto contractual, o tratado-contrato. Por eso, y considerando que las obligaciones contraídas deben ser cumplidas tal como fueron establecidas, 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*, excepción de contrato no cumplido, regla, por demás conocida en el derecho positivo.

En esa línea de pensamiento se ve que, admitida (en el ámbito de la hermenéutica constitucional) la tesis de la nulidad del tratado por la ley posterior, por permitirse además el control de legalidad y de constitucionalidad del tratado ante el derecho positivo constitucional, esa situación origina en el contexto del Derecho Internacional Público, y más específicamente en la perspectiva de una integración aun más profunda en el MERCOSUR, inseguridad y perplejidad inquietantes.

En otras palabras y sin que se pueda atribuir cualquier responsabilidad desde el punto de vista constitucional, en caso de permanecer el status jurídico actual, donde el tratado no tiene jerarquía constitucional (Brasil y Uruguay) y donde no hay norma de preeminencia (tratado versus ley), el "MERCOSUR del derecho" carece de eficacia fundamental, por falta de simetría entre las Constituciones de los países que lo componen.

Es esta perspectiva, mas que un rígido sistema de solución de controversias supranacional, como a veces se postula de forma inadecuada (un insólito Luxemburgo mercosureño), lo que se necesita es debatirse el substrato constitucional de la integración. En el campo del Derecho, antes de un "MERCOSUR de los jueces" existe todo un *aggiornamento*, toda una tarea ciclópea a realizar en relación a los déficits jurídicos que mantenemos.

No se trata de conclusión apocalíptica, ni mucho menos de desalentar a que los países de tradición "soberanófila" comprensible mantengan la decisión política de integrarse, incluso de manera mas profunda en el MERCOSUR. Pero, por lo expuesto, si se trata de una reflexión necesaria, de una llamada de atención a los actores responsables de la conducción del proceso de integración regional.

El tema por lo tanto no se presenta como cuestión de naturaleza meramente 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 jurídico, con las implicaciones que le son pertinentes, como previsión y seguridad jurídicas, elementos indispensables y imprescindibles en el campo de las relaciones de negocios externas, precisamente en el marco de las inversiones y de comercio.

Así como no hay mercado sin democracia, también, pragmáticamente, la seguridad jurídica es elemento indispensable para la economía de mercado, haciendo abstracción de cualquier marco filosófico o de naturaleza axiológica.

Considerados os fragmentos elencados no presente artigo, e a contar com a perspectiva que só o tempo pode proporcionar, verifica-se que, a par de conquistas extraordinárias realizadas pelo Brasil, com todos os vícios e com todas as virtudes de seu texto constitucional, resta, todavia, grande percurso a percorrer. Isso se ousarmos pretender concretizar o querer virtuoso da Carta de 88, em detrimento de seus devaneios e impropriedades. Anos a fio têm-se passado e o necessário *aggiornamento* constitucional permanece esperança, sob os eflúvios inabaláveis de nossa fé sebastianista. À guisa de conclusão, sirvo-me da parte final do texto apresentado na Universidade de Paris, há mais de década, para relembrar que [...] *em relação aos dilemas constitucionais que o Brasil enfrenta neste momento, quem sabe a questão essencial seja saber se Sísifo é feliz.*