

## Harmonização e incorporação de normas: Direito Comunitário e Direito Interno

Carlos Eduardo Caputo Bastos\*

### RESUMO

A harmonização de normas já é uma característica própria do mercado comum. O autor versa, principalmente, sobre a incorporação de normas no ordenamento jurídico dos países integrantes do Mercosul, com destaque para os seguintes itens: a) na questão da incorporação de normas, constata-se a existência de duas ordens jurídicas, uma interna que tem sua fonte de produção em uma lei ou constituição, outra externa, produzida pela vinculação entre duas soberanias; b) a incorporação de normas divide a doutrina em dois grupos: monistas e dualistas. Os primeiros entendem que as ordens jurídicas internas e externas são partes de um mesmo sistema jurídico. Os dualistas vêem dois sistemas jurídicos distintos e independentes; c) em relação aos países integrantes do Mercosul, o Tratado de Assunção não define a questão da incorporação. Falta sintonia entre as ordens jurídicas dos quatro países. Enquanto o Paraguai e Argentina acatam a ordem externa com primazia sobre o Direito Interno, no Brasil e Uruguai essa questão ainda está por se resolver. O Brasil, antes de definir a questão da hierarquia de normas, precisa concluir se quer ou não participar de um mercado comum e, se a opção for pela sua participação, deve decidir sobre a transferência de competências. Assim ficaria definido, automaticamente, o problema da aplicação da norma interna em sintonia com a norma externa.

O tema a ser aqui tratado é o relativo à harmonização e incorporação de normas. Com relação à harmonização, não me vou estender, porquanto, na realidade, essa já é uma

característica de um mercado comum e, se estivermos olhando a questão do ponto de vista do Mercosul, não estamos ainda cuidando dela, porque essa é uma característica muito própria do mercado comum. Neste artigo, concentrarme-ei, basicamente, no que se refere ao processo de incorporação das normas.

De início, gostaria de salientar que, quando tratamos de recepção de uma regra jurídica, automaticamente, estamos encerrando o raciocínio de que nós, na qualidade de observadores, estamos diante da existência de duas ordens jurídicas: uma interna e outra externa. Por que se fala da existência dessas duas ordens? Essa distinção entre elas estaria em dois aspectos: primeiro, no que tange à fonte de produção normativa daquelas normas. Teríamos, no caso da norma interna, identificado em uma lei ou em uma constituição, quais seriam os órgãos de uma determinada soberania que seriam designados competentes para prover aquela soberania de um complexo e de um ordenamento jurídico. Do ponto de vista da norma externa, essa norma não é produzida senão pela vinculação entre duas soberanias, ou seja, é o que se chama também de Direito Internacional convencional. Com relação à diferenciação de fontes normativas, estaríamos diante de duas ordens distintas.

No que tange à distinção entre os destinatários daquela norma, relativamente à ordem externa, são os próprios destinatários que farão a norma, são eles próprios, nos tratados, que vão elaborar e produzir a norma que vai reger as suas relações na qualidade sujeitos de Direito Internacional. Do ponto de vista da ordem interna, essa norma é feita por aquele órgão que, por lei ou constituição, tem competência para exercer poder normativo que vai estabelecer a regulação, a disciplina das relações jurídicas havidas no âmbito daquela soberania.

Queria ressaltar também que, embora pareça que o conceito de recepção é próprio e característico do Direito Internacional, a nossa Corte Suprema também, de uma certa forma, tem adotado essa terminologia; principalmente quando se trata de norma anterior a uma nova ordem constitucional, o Supremo Tribunal Federal, vez por outra, vale-se do termo recepção. Quando estiver referindo-me à recepção, estarei referindo-me apenas à recepção da norma internacional, e não da interna, anterior a uma nova ordem constitucional.

O que se deve verificar, nesse aspecto, é que, se estamos falando de recepção, de incorporação de normas – na realidade, examinada a questão do ponto de vista do Direito Interno –, estamos referindo-nos ao ato de receber uma norma que, antes da recepção, ou antes de recebida no ordenamento jurídico interno, é uma norma adstrita, em tese, ao complexo normativo internacional.

Essa "internalização" ou incorporação de normas, ao longo dos anos, dividiu a doutrina, e a tem dividido até hoje, em dois grupos muito bem identificados: monistas e dualistas. Os primeiros também se subdividem em dois grupos. Os monistas, na realidade, entendem que as ordens jurídicas interna e externa são partes de um mesmo sistema jurídico. O que os distingue é o fato de haver os que entendem que há o primado do Direito Internacional sobre a norma interna, e os que, ao contrário, entendem haver prevalência, sempre, da norma interna, em contraposição ou antinomia com a norma externa.

Os dualistas, por sua vez, que representam exatamente aqueles sistemas jurídicos como o nosso, que adotam a recepção como uma das formas de receber a norma jurídica internacional, são exatamente os que vêem dois sistemas jurídicos distintos e independentes: uma ordem interna e uma externa. E, nesses casos, especificamente, poder-se-ia dizer que a norma internacional, em realidade, quando é recebida pelo ordenamento jurídico interno, perde quase toda a característica de norma internacional. Passa a ser, efetivamente, uma norma interna. Até porque, nos regimes como o nosso, onde há necessidade do recebimento dessa norma jurídica internacional, antes da sua transformação, ela não tem validade nem eficácia – pelo menos assim tem sido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Com relação, especificamente, à questão da recepção no Direito Comunitário, gostaria de dizer que, na Europa, por exemplo – União Européia, mais precisamente – essa questão da recepção foi afastada, praticamente, desde os Tratados de Roma, Ceca e Euratom, porque já havia a previsão de efeito direto nas chamadas normas advindas e oriundas dos tratados e, por que não dizer, também das normas de Direito Derivado, como bem esclareceu o Professor Jorge Fontoura, que são os regulamentos e as diretivas. Nesse caso, houve, obviamente, com relação às ordens internas da comunidade, muita resistência. Isso

demandou que o tribunal das comunidades, por diversas vezes, tivesse necessidade de firmar, precisamente, quais seriam os efeitos produzidos, especialmente com relação aos chamados direitos derivados, que são aqueles disciplinados nos regulamentos do Conselho e nas diretivas, que têm basicamente uma distinção: enquanto os regulamentos têm caráter geral e obrigam também a todos os Estados, nas diretivas, que seriam exatamente a maneira como se faz a aproximação e a uniformização do Direito Comunitário, são obrigatórias, mas vinculam quanto ao resultado, porque se deixa aos ordenamentos jurídicos internos disciplinar as condições de aplicação daquela diretiva, embora – volto a frisar – sempre obrigatória aos Estados com relação aos resultados a serem alcançados, tais como disciplinados na referida diretiva.

Gostaria também de assinalar que o problema da recepção da regra aqui, especificamente no que tange ao Mercosul, tem sido uma questão extremamente rigorosa, após o Protocolo de Ouro Preto.

O Tratado de Assunção, praticamente, não tratou da questão da incorporação, nesse caso observavam-se ou dever-se-iam observar os procedimentos até então disciplinados pelas legislações dos respectivos países que o compõem. No Protocolo de Ouro Preto a questão da incorporação vem expressamente definida no seu texto e, mais do que isso, rege que deve observar-se rigorosamente a questão da recepção, as legislações internas de cada país.

Isso tem gerado, no seio do Mercosul, um problema muito sério, porque, na realidade, desde o Tratado de Assunção, um dos princípios basilares da constituição dessa organização internacional é o princípio da reciprocidade. Dentro desse princípio é que podemos dimensionar a existência de uma série de conflitos exatamente por falta de simetria ou de sintonia entre as ordens jurídicas dos quatro países. Refiro-me, basicamente, à questão de recepção dessa norma internacional. Enquanto no Paraguai e na Argentina já estão muito bem definidas as questões da antinomia entre as fontes – ordem externa e interna –, no Brasil e no Uruguai, de uma certa forma, essa questão ainda está por se definir do ponto de vista constitucional, embora, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, parece-me estar a questão mais do que definida, desde o Recurso Extraordinário nº 80.004.

Na Argentina, por exemplo, mais do que receber a ordem externa com primazia sobre o Direito Interno, há ainda uma especificidade que, segundo recorde da leitura que fiz da Constituição argentina, as normas internacionais se, ao serem recebidas, tiverem um quórum de 2/3, a elas também se pode atribuir hierarquia constitucional, além daqueles tratados aos quais a própria Constituição já designou à hierarquia constitucional.

Gostaria, também, de ressaltar que a jurisprudência criada pela Corte de Justiça argentina é, inclusive, anterior à reforma que solucionou a questão da hierarquia constitucional dos tratados.

A Corte Argentina, por diversas vezes – e me recorde pelo menos de três casos, Mikey Jhan, Cafés Laverrínia e o caso Fibraca, da Comissão de Salto Grande – nessas três oportunidades anteriores à reforma constitucional argentina, havia manifestado o primado do Direito Internacional em detrimento das normas internas e valendo-se também – é bom que se diga – especificamente, do disposto na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. E aí, talvez, uma distinção, também pertinente a nós, porque essa Convenção, ao que me consta, até hoje não mereceu aprovação pelo Congresso Nacional. É, sem dúvida, uma referência para o conflito, mas não vale como norma positiva no ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição paraguaia também já definiu bem a questão da hierarquia e do conflito entre a norma internacional e a interna, e a Constituição do Uruguai, ao que me parece, sofre da mesma dificuldade. O Professor Heber Arbué Vignali, em um de seus inúmeros livros, entende que, no caso da Constituição uruguaia, embora não haja uma norma expressa definindo a questão do conflito de fontes, em sendo as negociações externas, ou seja, a "firmatura" de uma norma internacional, o exercício pleno da soberania em contrapartida ao exercício derivado de elaboração de uma norma interna, isso revelaria, por si só, a primazia do Direito Internacional em confronto com o Direito interno no Uruguai.

Gostaria, também, de salientar, com relação a esse tema, que muito se discutiu sobre o problema da hierarquia no que concerne, especificamente, ao Supremo Tribunal Federal.

Hoje, esse assunto tem retornado timidamente à pauta dos Tribunais, revelando um equívoco ou, pelo menos, uma dificuldade de compreensão de um tema que, necessariamente, tem sido abordado em diversas oportunidades, que são aquelas hipóteses em que a lei interna é posterior ao tratado já incorporado na ordem jurídica interna. Em diversas ocasiões, fala-se de revogação do tratado pela lei interna, porque, pelo menos em princípio, é o que surge da leitura do exame dessa jurisprudência brasileira; o Brasil teria adotado a chamada regra da posteridade. Havendo uma hierarquia equiparada entre as normas internas e internacionais prevaleceria, no que tange à validade e eficácia, a norma mais recente. De maneira que, se um tratado aprovado e incorporado por meio de uma norma interna, estivesse em conflito com norma interna que lhe é posterior, prevaleceria a norma interna.

Houve uma discussão muito grande. Tenho feito algumas pesquisas também no STJ e já verifiquei que, em alguns casos, essa questão da revogação tem vindo à baila, muito embora deva registrar que, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004 – que me parece ser o "leading case", pelo menos na versão contemporânea – é a tese que tem prevalecido na Suprema Corte até hoje. Portanto, nesse caso – verdade seja dita e singularizada – o Ministro Leitão de Abreu, em erudito voto, fez uma crítica velada àqueles que sustentavam a revogação da lei que contenha um tratado internacional por uma lei interna que lhe é posterior. S. Ex<sup>a</sup>., com muita propriedade, fez a distinção de que o procedimento de elaboração dessa lei e, por via de consequência, a sua revogação haveriam de observar os procedimentos apropriados, e não a legislação interna, exatamente considerada, pois a lei interna é produzida de uma determinada forma enquanto a lei externa o é de outra. Portanto não se poderia – valendo-se da sua fonte de produção – confundir os efeitos que poderiam ser produzidos.

Destaco ainda que S. Ex<sup>a</sup>. cria uma figura extremamente interessante, porque, na eventualidade do conflito dessa norma externa com a interna, a norma externa ficaria suspensa, como se tivesse uma eficácia suspensiva, em contrapartida, o que poderia supor, ou pelo menos nos levar a supor, é que, com a revogação da lei interna que lhe é posterior, essa norma internacional passaria a ter validade também no ordenamento jurídico externo.

Parece-me, pelo menos no tocante ao Brasil, com relação ao problema da incorporação de normas, que temos de definir esse assunto, embora considere que, antes de definir a questão da hierarquia das normas, o Brasil deve definir se efetivamente quer ou não chegar a um mercado comum. Enquanto não definirmos isso, a questão da hierarquia continua sendo uma discussão oportuna, embora acadêmica. A partir do momento em que definirmos que queremos um mercado comum, ou seja, chegarmos à terceira etapa de um processo de integração, essa discussão, obviamente, passa a deixar de existir e passa a ser mais uma referência do que propriamente uma necessidade, porque as normas que são geradas no âmbito de uma comunidade integrada, que já tenha alcançado pelo menos o terceiro estágio, são normas que dispensam a recepção para ser aplicadas e produzir efeitos nas ordens jurídicas internas, não mais necessitam de qualquer trabalho das ordens jurídicas internas. São automaticamente recebidas e já podem produzir efeito e eficácia perante as ordens jurídicas.

Diria que o Brasil, em princípio, precisa definir se efetivamente quer ou não participar de um mercado comum, e se a opção for pela sua participação, obviamente, uma das primeiras coisas que deve acontecer é a transferência de competências. Para isso, já teremos uma primeira dificuldade que seria a autorização constitucional para a transferência de competências para instituição de um órgão de natureza supra-nacional que iria gerir aquelas competências que lhe seriam transferidas pelos Estados que o compõem. Além disso, teríamos também definido, parece-me que automaticamente, o problema da questão da aplicação da norma interna em sintonia com a norma externa, porque valeriam todos aqueles princípios que orientam e caracterizam o Direito Comunitário.

\* Delegado brasileiro no Colégio de Advogados do Mercosul e presidente da Associação dos ex-alunos da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Disponível em:< <http://www.cjf.gov.br/revista/numero2/artigo10.htm>> Acesso em.: 17 set. 07.