

A Constituição e o Direito Internacional

FRANCISCO JOSÉ MARQUES SAMPAIO

I. DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL. II. TENDÊNCIA DE FORTALECIMENTO DO PODER EXECUTIVO EM DETRIMENTO DO LEGISLATIVO, EM MATÉRIA DE DIREITO INTERNACIONAL. 2.1. CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA: PRIMEIRA A PREVER CONTROLE DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS PELO PODER LEGISLATIVO, MEDIANTE EXIGÊNCIA DE APROVAÇÃO DE TRATADOS POR DOIS TERÇOS DO SENADO. 2.1.1. RAZÕES DO CRITÉRIO DE APROVAÇÃO ADOTADO PELA CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA. 2.2. INSUFICIÊNCIA DO CONTROLE DO PODER LEGISLATIVO NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS COMO FENÔMENO COMUM NOS PAÍSES DEMOCRÁTICOS. 2.2.1. CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO: A POLÍTICA EXTERNA “É UM DOS SETORES DA VIDA ESTATAL EM QUE A DEMOCRACIA TEM-SE PROCESADO DE MODO MAIS LENTO”. 2.2.2. ARTIGO 40 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: PRINCÍPIOS REGEDORES DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS BRASILEIRAS. 2.3. ACORDOS DO EXECUTIVO: PRESCINDIBILIDADE DE APROVAÇÃO PELO CONGRESSO. 2.3.1. ACORDOS DO EXECUTIVO EM FACE DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS. 2.3.1.1. POSICIONAMENTO DO MINISTRO REZEK EM RELAÇÃO AOS ACORDOS DO EXECUTIVO. III. CONFLITOS ENTRE DIREITO INTERNO

E DIREITO INTERNACIONAL. 3.1. TEORIA DUALISTA. 3.2. TEORIA MONISTA. 3.3. NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS X DIREITO INTERNACIONAL. 3.3.1. ORIENTAÇÃO ADOTADA PELA LEGISLAÇÃO, DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS NA SOLUÇÃO DO CONFLITO. 3.3.1.1. AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL RESPEITO. 3.3.1.2. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, ARTIGO 98: POSITIVAÇÃO DA TEORIA MONISTA COM PREVALÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL. 3.3.1.3. DOCTRINA MAJORITÁRIA: MONISMO COM PREVALÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL. 3.3.1.4. JURISPRUDÊNCIA: DO MONISMO COM PREVALÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL AO MONISMO MODERADO. 3.3.1.4.1. JACOB DOLINGER: “O STF JAMAIS ADOTARA A TEORIA MONISTA COM PREVALÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL, COM EXCEÇÃO PARA TRATADOS FISCAIS E DE EXTRADIÇÃO”. 3.3.2. ORIENTAÇÃO ADOTADA POR OUTROS PAÍSES DIANTE DO CONFLITO ENTRE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS E DIREITO INTERNACIONAL. 3.4. CONSTITUIÇÃO X DIREITO INTERNACIONAL. 3.4.1. NO BRASIL: POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE INTRÍNSECA E EXTRÍNSECA DE TRATADOS. IV. DIREITO INTERNO X DIREITO INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS. 4.1. CONFLITO SE SOLUCIONA MEDIANTE APLICAÇÃO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL. 4.2. PARÁGRAFO 2.º DO ARTIGO 5.º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: HAVERIA DISPENSA DE PROMULGAÇÃO PARA RECEPÇÃO DE TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL? 4.2.1. SISTEMAS DE ENTRADA EM VIGOR DE TRATADOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL. 4.2.1.1. VIGÊNCIA CONTEMPORÂNEA AO CONSENTIMENTO. 4.2.1.2. VIGÊNCIA DIFERIDA. 4.2.1.3. VIGÊNCIA PROVISÓRIA. 4.2.2. RECEPÇÃO DE TRATADOS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: NECESSIDADE DE PROMULGAÇÃO E, NÃO, DE “LEI DE EXECUÇÃO”.

I. DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL

O direito constitucional internacional compreende o estudo das normas constitucionais que disciplinam matéria de direito internacional. Pertence a dois ramos da Ciência Jurídica, o direito constitucional e o direito internacional público, existindo autores, como Henzin, que o afirmam mais próximo do direito internacional público, além de observarem que tem sido mais freqüentemente abordado por internacionalistas.

II. TENDÊNCIA DE FORTALECIMENTO DO PODER EXECUTIVO EM DETRIMENTO DO LEGISLATIVO, EM MATÉRIA DE DIREITO INTERNACIONAL

2.1. CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA: PRIMEIRA A PREVER CONTROLE DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS PELO PODER LEGISLATIVO, MEDIANTE EXIGÊNCIA DE APROVAÇÃO DE TRATADOS POR DOIS TERÇOS DO SENADO

O controle das relações internacionais pelo Legislativo — expressão e exigência democráticas — foi previsto pela primeira vez na Constituição norte-americana de 1787, que, no artigo II, seção 2, cláusula 2, estabeleceu a necessidade de aprovação, por dois terços dos senadores presentes, dos tratados internacionais firmados pelo Presidente.

2.1.1. RAZÕES DO CRITÉRIO DE APROVAÇÃO ADOTADO PELA CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA

A Constituição criava um Poder Executivo forte, o que levava a não fazer sentido atribuir ao Legislativo o poder de concluir tratados. Os constituintes, no entanto, foram contrários à concentração da matéria em mãos de apenas um dos poderes constituídos. Tais razões justificariam haver sido atribuída, ao Executivo, competência para concluir tratados e, a uma das casas do Legislativo, competência para aprovar os referidos atos.

A atribuição da aprovação de tratados apenas ao Senado e não à Câmara, por seu turno, visou a preservar os direitos dos Estados que aderiram à união, a fim de obter o apoio dos estados menores que temiam desaparecer em uma Confederação fortalecida.

A entrada em vigor da Constituição dos Estados Unidos da América, aprovada na Convenção de Filadélfia, de 19 de setembro de 1787, dependia da ratificação de pelo menos nove dos treze estados independentes, ex-colônias inglesas na América, com que, então, tais estados soberanos se uniriam num estado federal, passando, pois, a simples estados-membros. Daí resultou a opção de não se submeter os tratados à Câmara, mas apenas ao Senado, órgão de representação dos estados-membros, que não leva em conta o número de habitantes de cada estado-membro, como faz a Câmara dos Representantes, que é órgão de representação popular. Ademais, seria difícil obter aprovação da Câmara, por ser muito numerosa.¹

As Constituições que se seguiram à Revolução Francesa igualmente consagraram o controle das relações internacionais pelo Legislativo.

2.2. INSUFICIÊNCIA DO CONTROLE DO PODER LEGISLATIVO NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS COMO FENÔMENO COMUM NOS PAÍSES DEMOCRÁTICOS

2.2.1. CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO: A POLÍTICA EXTERNA “É UM DOS SETORES DA VIDA ESTATAL EM QUE A DEMOCRACIA TEM-SE PROCESSADO DE MODO MAIS LENTO”

Doutrinadores observam, todavia, que, na prática, tal controle raramente se fez presente como deveria, afirmando Celso de Albuquerque Mello ser a política externa “um dos setores da vida estatal em que a democracia tem se processado de modo mais lento”.²

Tradicionalmente tida como matéria sigilosa, o Legislativo costumou manter-se afastado das questões de política externa, uma vez que seus debates são públicos e sujeitos a ampla divulgação.

Nicolson observa que “até 1914 (...), mesmo em países que possuíam antigas instituições representativas, o controle da política externa não estava investido nos representantes do povo”, concluindo Celso de Albuquerque Mello ser tal controle maior em países sob regime parlamentarista.³

1 MELLO, Celso de Albuquerque. *Direito constitucional internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 286.*

2 “*Constituição e relações internacionais*”. In: *A nova Constituição e o direito internacional. Coordenação Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 20.*

3 Op. cit. p. 20.

2.2.2. ARTIGO 4.º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: PRINCÍPIOS REGEDORES DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS BRASILEIRAS

Celso Mello sustenta a necessidade de que os países se conscientizem da importância de controle das relações internacionais, uma vez que delas podem decorrer comprometimentos muito mais gravosos para o Estado do que os decorrentes de relações internas.

Com esse objetivo, as constituições deveriam prever princípios gerais de sua política externa, os quais deveriam ser genéricos, para não constituírem indesejável entrave, porém suficientes para orientar a diplomacia e as discussões no Poder Legislativo.

Há autores, todavia, que consideram inútil tal enunciação constitucional de princípios de política externa por entenderem que, dada a necessidade de serem enumerados de forma genérica, tais princípios permitiriam as mais diversas interpretações.

A atual Constituição prevê, no art. 4.º, princípios regedores das relações internacionais da República Federativa do Brasil, muitos dos quais indicados por Celso de Albuquerque Mello, antes da entrada em vigor da Carta de 1988, como princípios que deveriam ganhar o referido *status* constitucional.⁴

4 *Ao formular propostas para a nova Constituição, Celso Mello afirmou que ela deveria consagrar os seguintes princípios orientadores de nossa política externa: “solução de litígios por meios pacíficos; boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais; não-intervenção em assuntos da jurisdição doméstica do Estado; respeito à igualdade e à autodeterminação dos povos; princípio da coexistência pacífica; princípio da equidade compensatória; a defesa dos Direitos do Homem deve estar explícita”. Conforme o art. 4.º da atual Constituição:*

“A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I — independência nacional;

II — prevalência dos direitos humanos; autodeterminação dos povos;

III — autodeterminação dos povos.

IV — não-intervenção;

V — igualdade entre os Estados;

VI — defesa da paz;

VII — solução pacífica dos conflitos;

VIII — repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX — cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X — concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.”

2.3. ACORDOS DO EXECUTIVO: PRESCINDIBILIDADE DE APROVAÇÃO PELO CONGRESSO

Celso de Albuquerque Mello avalia a tendência de se reforçar o Poder Executivo na sua atuação internacional em detrimento do Legislativo, o que se dá, em grande parte, mediante prática cada vez mais freqüente dos denominados acordos do Executivo, que não necessitam de aprovação do Legislativo.

Schwartz, na obra *Presidência imperial*, observa que o fortalecimento do Executivo em matéria de relações externas — fenômeno que não seria peculiar dos Estados Unidos da América, mas comum a todos os países democráticos — é favorecido pela falta de uma distinção simplificada entre tratado e acordo do Executivo, o que permite que se torne questão mais de política do que de direito optar pela celebração de um ou de outro. Em conseqüência, qualquer assunto que venha a ser objeto de negociações internacionais acaba podendo ser abordado em acordo do Executivo.

2.3.1. ACORDOS DO EXECUTIVO EM FACE DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A **Constituição de 1824** previu a necessidade de ratificação, pela assembléia geral, de tratados concluídos pelo Imperador apenas quando, celebrados em tempo de paz, envolvessem cessão ou troca de território do Império, ou de possessões a que o Império tivesse direito. Afonso Arinos, citado por Celso de Albuquerque Mello, explica o pequeno alcance, em matéria de democracia, do citado dispositivo, pelo fato de que, “no Brasil daquele tempo, a aspiração popular era mais pela Independência do que pela democracia”.⁵

A **Constituição de 1891**, no artigo 48, estabelecia, dentre outros poderes do Presidente da República, “Entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre *ad referendum* do Congresso”. Barbalho e Beviláqua sustentaram, em vista da expressão “sempre”, presente no texto do artigo 48, antes mencionado, a obrigatoriedade de apro-

5 Op. cit. *Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 286.*

vação pelo Legislativo de todos os ajustes internacionais, o que levaria a não se reconhecer validade aos acordos do Executivo. Não obstante tal disposição constitucional, Hildebrando Accioly enumera uma série de acordos do Executivo concluídos na vigência da Constituição de 1891.

A **Constituição de 1934** conferiu à União, no artigo 5.º, inciso I, competência para conclusão de convenções e tratados internacionais. No artigo 91, inciso I, letra *f*, declarou ser da competência do Senado Federal colaborar com a Câmara dos Deputados e elaborar leis sobre: “tratados e convenções com as nações estrangeiras”. No artigo 40, letra *a*, estabeleceu ser da competência do Poder Legislativo “resolver definitivamente sobre tratados e convenções”.

Ao subtrair do âmbito dos atos sujeitos à aprovação do Legislativo as expressões “ajustes” e “sempre”, presentes no texto correspondente de 1891, a Constituição teria conferido margem maior à admissibilidade de acordos do Executivo.

A **Constituição de 1937** previa a submissão de convenções e tratados internacionais *ad referendum* do Poder Legislativo (artigo 74, letra *d*). Jamais houve instalação do Poder Legislativo, no entanto, pois o Brasil viveu um período de ditadura.

A **Constituição de 1946** determinou, no artigo 66, inciso I, ser de competência exclusiva do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebrados com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República”.

Foi durante a vigência da Constituição de 1946 que se instalou maior debate a respeito da validade de acordos do Executivo. Duas correntes surgiram, então. Uma, presidida por Hildebrando Accioly, à qual aderiram Levi Carneiro, João Hermes Pereira Araújo e Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, que propugnava, sob influência da prática norte-americana, pela **validade de acordos do Executivo** nos seguintes casos: (a) acordos sobre assuntos de competência privativa do Poder Executivo; (b) acordos concluídos por agentes ou funcionários que tenham competência para isso, sobre questão de interesse local ou de importância restrita; (c) os que consignam simplesmente a interpretação de cláusulas de um tratado pré-vigente; (d) os que decorrem, lógica e necessariamente, de algum tratado vigente e são como que o seu complemento; (e) acordos que têm em vista apenas deixar

as coisas no estado em que se encontram ou estabelecer simples bases para negociações futuras; e (f) as declarações de extradição e ajustes para prorrogação de tratado antes que se expire.

A identificação de atos de competência do Presidente da República seria de fácil verificação, pois eles se encontram enumerados na Constituição.

Ademais, acrescentava Accioly, tal como a Constituição de 1934, a de 1946 suprimira as expressões “ajustes” e “sempre”, presentes no dispositivo correspondente da Constituição de 1891, que poderiam, com maior razão, levar a questionar-se a validade de acordos do Executivo. Durante a vigência da própria Constituição de 1891, acrescenta o mencionado autor, vários acordos desse tipo foram celebrados.

A corrente oposta, defendida por Pontes de Miranda, Carlos Maximiliano, Haroldo Valladão e Vicente Motta Rangel, sustentava **não serem válidos acordos do Executivo**, pois seria requisito de validade de quaisquer atos internacionais aprovação pelo Legislativo.

As expressões “tratados” e “convenções”, de acordo com essa corrente, seriam suficientes para o condicionamento de quaisquer atos internacionais à aprovação pelo Legislativo, sob pena de nulidade. A única exceção, admitida por Valladão, seriam os pactos celebrados por chefes militares nos limites de suas atribuições.

A **Constituição de 1967**, embora tenha previsto como de competência do Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais *ad referendum* do Congresso Nacional”, ampliando, pela introdução da expressão “atos internacionais”, o rol de atos que deveriam ser submetidos ao Congresso Nacional, não afastou a celebração de acordos do Executivo.

Do mesmo modo, a **Emenda Constitucional n.º 1, de 1969**, não afastou tal prática, apesar de ter introduzido a expressão “atos internacionais” também no artigo 44, que previa ser da competência do Congresso Nacional resolver, definitivamente, sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República.

Na vigência da **Constituição de 1988** continuam sendo admitidos acordos do Executivo, em vista da reiterada prática internacional. Do confronto do artigo 49 com o artigo 84, não obstante a aparente incongruência, Celso

Mello sustenta que predominará a regra do artigo 84, de acordo com a qual “todos” os tratados, e não somente os que “acarretem compromissos gravosos para o patrimônio nacional”, serão submetidos à aprovação do Congresso, não apenas por estar o artigo 84 em maior sintonia com a tradição nacional, mas, também, em razão de tratar-se de conceito jurídico de difícil determinação, o de “compromissos gravosos para o patrimônio nacional”.

2.3.1.1. POSICIONAMENTO DO MINISTRO JOSÉ FRANCISCO REZEK EM RELAÇÃO AOS ACORDOS DO EXECUTIVO

Francisco Rezek, em obra de 1984, observa que o Supremo Tribunal Federal ainda não havia tido oportunidade de manifestar-se a respeito da constitucionalidade de acordos do Executivo, nem tampouco a respeito da hierarquia que possuem no ordenamento jurídico brasileiro. Nos Estados Unidos, a Corte Suprema firmara o princípio de que acordos do Executivo prevalecem sobre lei estadual, mas não sobre lei federal que lhes seja anterior.

Na opinião de Rezek, seriam admissíveis tais acordos, não em todas as hipóteses enumeradas por Accioly ao afirmar a validade de acordos do Executivo durante a vigência da Constituição de 1946, mas, apenas, em três delas, as quais, em sua opinião, seriam as únicas que encontrariam amparo constitucional. Seriam, então, casos de acordos do Executivo: (a) os “que consignam simplesmente a interpretação de cláusulas de um tratado já vigente”; (b) os “que decorrem, lógica e necessariamente, de algum tratado vigente e são como que o seu complemento”; e (c) os que “têm em vista apenas deixar as coisas no estado em que se encontram, ou estabelecer simples bases para negociações futuras.

Os acordos do Executivo enquadrados na primeira ou na terceira hipótese admitidas por Rezek teriam, por amparo legal, o inciso IX do artigo 81 da Constituição de 1969, correspondente ao inciso VII do artigo 84 da Constituição hoje em vigor, de acordo com o qual “Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VII — manter relações com Estados estrangeiros (...)”.

Tais acordos dispensariam aprovação do Legislativo e, ainda assim, seriam válidos, afirma Rezek, pois, com fundamento no citado dispositivo constitucional, o Executivo possuiria auto-suficiência, pratica-

mente absoluta, para manter relações internacionais que não importem em “incorporar ao direito interno um texto produzido mediante acordo com potências estrangeiras”.

Acordos do Executivo enquadrados na segunda hipótese admitida por Rezek, isto é, os “que decorrem, lógica e necessariamente, de algum tratado vigente e são como que o seu complemento”, seriam igualmente válidos, pois a aprovação legislativa, em verdade, teria ocorrido quando da aprovação do tratado que deu ensejo ao acordo do Executivo, antecipando-se, pois, ao referido acordo. O fundamento constitucional de validade de acordos do Executivo dessa espécie seria, assim, o próprio artigo 81, inciso X, da Constitucional de 1969, atual artigo 84, inciso VIII.

Adverte o renomado internacionalista que, caso o Congresso não deseje abdicar, em certo caso concreto, do controle individualizado de todos os subprodutos do tratado que nele venham enunciados, deve proceder como fez ao aprovar o acordo de cooperação entre Brasil e Líbia, incluindo, no Decreto Legislativo respectivo, ressalva expressa a respeito.

No caso do referido acordo, o Congresso estabeleceu, no artigo 2.º do Decreto Legislativo n.º 23, de 1981:

Todas as emendas ou alterações introduzidas no texto referido no artigo anterior (Acordo Básico de Cooperação entre a República Federativa do Brasil e a Jamairia Árabe Popular Socialista da Líbia, celebrado em Brasília, em 30 de junho de 1978) só se tornam eficazes e obrigatórias para o País após a respectiva aprovação pelo Congresso Nacional.

III. CONFLITOS ENTRE O DIREITO INTERNO E O DIREITO INTERNACIONAL

3.1. TEORIA DUALISTA

Afirma a teoria dualista, a impossibilidade de conflito entre as ordens internacional e interna simplesmente pela ausência de qualquer interseção entre ambas. Tratar-se-ia de esferas estanques, que não guardariam nenhum ponto de contato. As normas de direito internacional disciplinariam as relações entre Estados e entre estes e demais protagonistas da sociedade internacional. As normas de direito interno disciplinariam as relações intra-estaduais, sem qual-

quer conexão com elementos externos. De acordo com essa corrente de pensamento, um ato internacional somente operará efeitos no âmbito interno se uma lei, denominada pela doutrina “ordem de execução”, vier a incorporá-lo ao ordenamento jurídico positivo do Estado.⁶ São adeptos dessa teoria, no direito estrangeiro, Triepel e Anzilotti; no Brasil, Amílcar de Castro.⁷

3.2. TEORIA MONISTA

Sustenta a teoria monista que o direito constitui um sistema único, integrado tanto pelo direito interno como pelo direito internacional, do que decorre a necessidade de normas que coordenem a convivência desses dois domínios, estabelecendo qual deve prevalecer em caso de conflito. A superioridade do direito internacional sobre o direito interno de cada Estado foi afirmada pela Corte Permanente de Justiça Internacional, em parecer consultivo de 31 de julho de 1930, no qual se consignou: “É princípio geral reconhecido, do direito internacional, que, nas relações entre potências contratantes de um tratado, as disposições de uma lei não podem prevalecer sobre as do tratado”.⁸

São adeptos dessa corrente, no âmbito estrangeiro, Hans Kelsen, responsável pelo desenvolvimento da teoria monista e que, embora admita, em tese, o monismo com prevalência do direito interno e o monismo com prevalência do direito internacional, é partidário desse último. No Brasil, a maior parte da doutrina a aceita, podendo-se citar como exemplos Haroldo Valladão, Tenório, Celso Albuquerque Mello e Marotta Rangel.

Celso de Albuquerque Mello, tal como KELSEN, defende o monismo com prevalência do direito internacional, havendo formulado, como proposta para a Constituição de 1988, dispositivo que estabelecesse: “O Direito Internacional faz parte do Direito Interno e não é revogado por este”.⁹ Defendem o monismo com primazia da norma convencional, outrossim, Marotta Rangel, Pedro Lessa, Filadelfo Azevedo, Vicente Rao, Accioly e Carlos Maximiliano.¹⁰

6 BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 16.

7 Ibidem.

8 Ibidem.

9 MELLO, Celso de Albuquerque. *Ob. cit.* p. 22.

10 REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 465.

3.3. NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS X DIREITO INTERNACIONAL

3.3.1. ORIENTAÇÃO ADOTADA PELA LEGISLAÇÃO, DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS NA SOLUÇÃO DO CONFLITO

3.3.1.1. AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL A RESPEITO

Não existe no Brasil disposição constitucional regedora de soluções a respeito de conflitos entre normas internas infraconstitucionais e normas internacionais. Não foi acatada, pois, nesse particular, proposta formulada em 1987 por Celso de Albuquerque Mello, para introduzir-se, na nova Constituição, norma que estabelecesse que “O Direito Internacional faz parte do Direito Interno e não é revogado por este”.

3.3.1.2. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, ARTIGO 98: POSITIVAÇÃO DA TEORIA MONISTA COM PREVALÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL

O Código Tributário Nacional, diferentemente, não deixou de tratar da matéria. No artigo 98, consagrou o monismo jurídico com primazia para o direito internacional ao prever: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

3.3.1.3. DOUTRINA MAJORITÁRIA: MONISMO COM PREVALÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL

A doutrina majoritária brasileira, conforme referido no item anterior, defende a orientação positivada no Código Tributário Nacional.

3.3.1.4. JURISPRUDÊNCIA: DO MONISMO COM PREVALÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL AO MONISMO MODERADO

No que diz respeito à jurisprudência, a maioria dos autores sustentou, durante longo período, que o Supremo Tribunal Federal adotara a teoria monista com prevalência do direito internacional. Foi com impacto, portanto, que receberam, em 1978, a decisão do Plenário, proferida no Recurso Extraordinário n.º 80.004, que teria adotado orientação diversa, ao afirmar a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-Lei n.º 427,

de 1969, que instituiu o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título, apesar de a Lei Uniforme, anterior em três anos, não fazer referência a tal requisito de validade.

O Supremo, por maioria, entendeu, conforme fez constar da ementa do referido julgado, que, “embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País (...)”.¹¹ O relator, Ministro Xavier de Albuquerque, em voto solitário, defendeu o primado do pacto internacional, que não poderia ser validamente desafiado por norma interna posterior. Outros Ministros integrantes daquela Corte, entretanto, negaram que estivesse configurado o conflito tratado/lei. A maioria, no entanto, reconheceu o conflito real entre a Lei Uniforme de Genebra e o Decreto-Lei n.º 427, de 1969, de mesma hierarquia de leis ordinárias, e sustentou não ser autorizado à Justiça negar autoridade à norma interna, mais recente que o pacto internacional, uma vez que a Constituição não previu primazia de tratados sobre leis do Congresso e impôs aos órgãos do Judiciário o dever de garantir eficácia às leis do País.

Decisões posteriores do STF mantiveram a linha de entendimento adotada no julgamento do Recurso Extraordinário antes mencionado, merecendo ser transcrita a fundamentação do Ministro Francisco Rezek:

*O STF deve garantir prevalência à última palavra do Congresso Nacional, expressa no texto doméstico, não obstante isto importasse o reconhecimento da afronta pelo país de um compromisso internacional. Tal seria um fato resultante da culpa dos poderes políticos, a que o Judiciário não teria como dar remédio.*¹²

3.3.1.4.1. JACOB DOLINGER: “O STF JAMAIS ADOTARA A TEORIA MONISTA COM PREVALÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL, COM EXCEÇÃO PARA TRATADOS FISCAIS E DE EXTRADIÇÃO”.

Jacob Dolinger verificou, após detido exame da jurisprudência, que, em verdade, o STF jamais adotara o monismo com prevalência do direito internacional, como afirmou a grande maioria dos autores, por certo em

¹¹ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. p. 18.

¹² Ibidem. p. 19.

decorrência de haverem refletido, na leitura que fizeram dos julgados da Suprema Corte, sua própria crença no primado do direito internacional.

A decisão proferida no Recurso Extraordinário n.º 80.004 e as decisões seguintes, que tanta indignação causaram na doutrina, refletem, apenas, aquela que teria sido a orientação sempre seguida pelo STF, isto é, a do monismo moderado, em que o tratado se incorpora ao direito interno no mesmo nível hierárquico de lei ordinária, sujeitando-se a princípio de acordo com o qual, não se pondera a questão em termos de regra geral e regra particular, prevalece a norma posterior.

Duas exceções haveria, de acordo com Jacob Dolinger, à adoção, pelo STF, do monismo moderado: questões de natureza fiscal e casos de extradição. Em relação à matéria fiscal, a não-equivalência do tratado a lei ordinária decorreria de o artigo 98 do Código Tributário Nacional expressamente determinar que normas posteriores a convenções internacionais com elas se coadunem, do que decorreria não serem leis ordinárias capazes de revogar tratados em matéria fiscal. Quanto aos casos de extradição, considera-se que a lei interna, por ser geral, cede vez ao tratado, que é regra especial. O citado autor acrescenta, outrossim, que o tratamento diverso dado a tratados fiscais e de extradição decorre de possuírem, ambos, natureza contratual, do que decorre a exigência de denúncia formal para que deixem de ser cumpridos.¹³

Vale fazer referência, todavia, à posição sustentada pelo próprio internacionalista Francisco Rezek, de que tratado internacional fiscal se equipara a lei ordinária, tal como outros tratados, não consistindo, pois, em exceção ao monismo moderado adotado pelo STF na decisão de conflitos entre normas nacionais e internacionais referentes a outras matérias.

A não-prevalência de lei interna ordinária sobre tratado anterior que com ela seja incompatível em matéria tributária decorre, segundo o Minis-

13 “Nossa conclusão é que, excetuadas as hipóteses de tratado-contrato, nada havia na jurisprudência brasileira quanto à prevalência de tratados sobre lei promulgada posteriormente, e, portanto, equivocados todos os ilustres autores acima citados que lamentaram a alegada mudança na posição da Suprema Corte. A posição do STF através dos tempos é de coerência e resume-se em dar o mesmo tratamento a lei e a tratado, sempre prevalecendo o diploma posterior, excepcionados os tratados fiscais e de extradição, que, por sua natureza contratual, exigem denúncia formal para deixarem de ser cumpridos.” (DOLINGER, Jacob. In: BARROS, Luís Roberto. Op. cit. p. 19-20.)

tro, de a referida lei interna colidir com o artigo 98 do Código Tributário Nacional, que determina a observância, pela legislação interna posterior, das convenções internacionais em vigor à época de sua edição.

Como o CTN foi equiparado a lei complementar com o advento da Constituição de 1967 — pelo princípio da recepção das normas infraconstitucionais anteriores cujo processo legislativo tenha observado às exigências em vigor na época —, deve prevalecer sobre a legislação ordinária que o afronte, como seria o caso de lei que não se compatibilizasse com convenções internacionais já em vigor.

Sendo assim, lei federal posterior incompatível com tratado em vigor não prevaleceria por conflitar com o CTN, que é lei complementar, e, não, por se tratar, tratados fiscais, de exceção à adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, da teoria monista moderada, que equipara tratados a lei federal.¹⁴

Rezek observa, ademais, que ocioso seria dispositivo de conteúdo semelhante ao artigo 98 do CTN que constasse de lei ordinária, pois, em relação a decretos, portarias, instruções e demais atos normativos de hierarquia inferior à lei ordinária, os tratados prevalecem independentemente de uma tal previsão legal, por possuírem hierarquia de lei ordinária.

Em relação à legislação ordinária superveniente a tratados, o citado dispositivo, inserido em legislação ordinária, seria igualmente inútil, pois lei ordinária posterior que, deixando de observar tratados em vigor, com ele colidisse, o revogaria (o dispositivo de lei ordinária), em razão da norma *lex posterior derogat priori*.¹⁵

Quanto a tratados de extradição, as decisões que fundem sua não revogação, por lei ordinária posterior, no argumento de serem norma especial — ao passo em que a legislação interna sobre o assunto seria composta por normas gerais —, igualmente não representam exceção à orientação

14 “(...) uma lei complementar à Constituição, disciplinando quanto por esta tenha sido entregue ao seu domínio, pode, sem dúvida, vincular a produção legislativa ordinária ao respeito pelos tratados em vigor. Leia-se o artigo 98 do Código Tributário Nacional. (...) Em tal quadro, a lei ordinária conflitante com tratado preexistente há de sucumbir, mas em razão de outro conflito: o que a contrapõe à lei complementar.” (REZEK, José Francisco. Op. cit. p. 475.)

15 Ibidem.

geral adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que equipara tratados a lei ordinária, mas simples aplicação do disposto no artigo 2.º, § 2.º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

A conclusão de Jacob Dolinger, de que estariam equivocados os autores que viram na decisão do Recurso Extraordinário n.º 80.004 mudança na orientação até então adotada pelo STF relativamente ao conflito de normas de direito interno e internacional — pois que “nada haveria na jurisprudência brasileira quanto à prevalência de tratados sobre lei promulgada posteriormente”¹⁶ —, merece, ainda, ser cotejada com referência feita por Rezek a comentário publicado em 1945 por Filadelfo Azevedo, na época, Ministro do STF, o qual haveria demonstrado a “convicção unânime da corte, àquela época, quanto à prevalência dos tratados sobre o direito infraconstitucional”.¹⁷

Celso de Albuquerque Mello, um dos autores que considerou a decisão proferida no Recurso Extraordinário n.º 80.004 “um verdadeiro retrocesso”, menciona, no mesmo sentido, decisão na qual Filadelfo Azevedo afirmou que tratado não é revogado por lei posterior contrária.

Como marcos da orientação que equipara, no Brasil, tratados e leis ordinárias federais e aplica, em caso de conflito, a regra *lex posterior derogat priori*, Rezek cita parecer do consultor do Itamaraty, Levi Carneiro, de 12 de dezembro de 1949; parecer de Francisco Campos, de 1956; e a já referida decisão do Supremo Tribunal Federal, de 1977, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 80.004.

Tratou-se, no caso do parecer de Levi Carneiro, de consulta formulada pela Embaixada do Brasil em Buenos Aires, quanto a serem plenamente reconhecidos, no Brasil, e, assim, permitirem, aqui, o livre exercício das profissões liberais, os títulos de graus obtidos no Chile, em vista de convenção celebrada com o Brasil, pela qual acordou-se tal reconhecimento, diante do Decreto n.º 19.852, superveniente, que dispôs em contrário.

O informante considerara que dever-se-ia responder afirmativamente à consulta, à luz do magistério de João Neves da Fontoura, de acordo com

16 BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 19-20.

17 REZEK, José Francisco. Direito dos tratados. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 465-466.

o qual tratados e convenções teriam a mesma hierarquia de disposições constitucionais, devendo, pois, prevalecer sobre legislação infraconstitucional superveniente que com eles colidisse.¹⁸

Levi Carneiro, contrariando o referido entendimento, sustentou que convenções internacionais possuem hierarquia de leis ordinárias e, conseqüentemente, revogam leis ordinárias federais incompatíveis, bem como são revogáveis por normas de tal hierarquia que lhes sobrevenha. Ocorrendo revogação de tratado por lei posterior, caberia ao governo, segundo o parecerista, denunciar o tratado, observadas as formalidades e prazos nele previstos.¹⁹

O parecer de Francisco Campos, de 1956, versou sobre o poder soberano do Brasil, não obstante haver firmado a Convenção de Bretton-Woods, de modificar sua política monetária para atender a situação de emergência que lhe postulasse mudanças ou variações na taxa de paridade declarada a Fundo Monetário Internacional.

Na mesma linha do pronunciamento de Levi Carneiro, antes mencionado, entendeu Francisco Campos que o único efeito da recepção, no direito interno, do direito internacional, é o de conferir força de lei ordinária às normas assim incorporadas, que ficam submetidas, portanto, em relação às leis internas de mesma hierarquia, à regra geral *lex posterior derogat legi priori*.

A análise de Francisco Campos teria sido, todavia, superior à de Levi Carneiro, pois teria estabelecido melhor as conseqüências, no plano internacional, da edição de lei interna contrária a tratado. Em lugar de falar que seria hipótese de **revogação** do tratado, o citado parecerista bem consignou que haveria **violação** do tratado contrariado, a ensejar conseqüências internacionais de **responsabilidade para o Estado**.²⁰

18 “(...) tratados e convenções (...), uma vez transformados em lei pela ratificação do Congresso e participando da legislação nacional, têm, pela taxinomia das nossas regras jurídicas, a mesma categoria de leis constitucionais, e se leis posteriores colidem com o referido direito convencional, ainda prevalece este, pois ao Estado cumpre o dever de respeitar as obrigações contratuais assumidas anteriormente e constantes de tal direito.” (REZEK, José Francisco. Op. cit. p. 467. Grifos nossos.)

19 Ibidem. p. 467-468.

20 Ibidem. p. 469-470.

Assim, não tendo a Constituição sobreposto tratados a normas internas, não poderia a Justiça furtar-se à aplicação da legislação interna, contrária a tratados preexistentes. Tal justificativa para eventual não-aplicação da legislação internacional válida no país “não neutraliza, todavia, o ilícito internacional representado pela preterição do ato”.²¹

Vale mencionar, por fim, relativamente às consequências do reconhecimento de eficácia a lei ordinária posterior contrária a tratado, voto de Leitão de Abreu no julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, antes mencionado, destacado pelo Ministro Rezek como um “dos pronunciamentos mais lúcidos que o Plenário da Corte terá ouvido a propósito em toda a sua história”.

Sobressai, no referido voto, a preocupação do Ministro em afastar a idéia de que a aplicação de lei posterior contrária a tratado importaria sua **revogação**. Sustenta que tratados possuem forma própria de revogação, a denúncia, somente podendo ser atingidos por normas de categoria igual ou superior, internacional, e jamais por norma inferior, interna ou nacional. Assim, negou que o Decreto-Lei n.º 427 houvesse revogado a Convenção de Genebra no que com ela conflita, pois seria inaplicável à espécie a regra geral *lex posterior derogat legi priori*.

A par disso não estariam os órgãos do Poder Judiciário incumbidos de aplicar o direito nacional, autorizados, à luz da Constituição, a negar eficácia à lei federal que fosse a expressão última da vontade do legislador.

Não haveria, pois, no entender de Leitão de Abreu, revogação de tratado por lei ordinária superveniente conflitante, mas obrigação do Judiciário de garantir vigência à referida lei e conseqüente afastamento da aplicação do tratado, o qual, no entanto, voltaria a aplicar-se se revogada a lei que lhe obstou, durante certo tempo, a aplicação.²²

3.3.2. ORIENTAÇÃO ADOTADA POR OUTROS PAÍSES DIANTE DO CONFLITO ENTRE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS E DIREITO INTERNACIONAL

Consagram o monismo com primazia para o direito internacional, vale dizer, não admitem revogação de tratado por lei posterior que o contradiga, a França, a Grécia e o Peru.

21 Ibidem. p. 470.

22 Ibidem. p. 475.

De acordo com a **Constituição Francesa** de 1958, artigo 55: “Os tratados ou acordos devidamente ratificados e aprovados terão, desde a data de sua publicação, autoridade superior à das leis, com ressalva, para cada acordo ou tratado, de sua aplicação pela outra parte”.

A **Constituição da Grécia** de 1975, em seu artigo 28, § 1.º, estatui: “As regras de direito internacional geralmente aceitas, bem como os tratados internacionais após sua ratificação (...), têm valor superior a qualquer disposição contrária das leis”.

A **Constituição do Peru** de 1979, no artigo 101, estabelece: “Os tratados internacionais, celebrados pelo Peru com outros Estados, formam parte do direito nacional. Em caso de conflito entre o tratado e a lei, prevalece o primeiro”.

O sistema consagrado nos **Estados Unidos da América** é o da paridade entre tratado e lei federal, aplicando-se, em caso de conflito, a regra *lex posteriori derogat priori*. Confere-se nos Estados Unidos da América, tal como no Brasil, força de lei federal a tratados, de forma que lei interna federal posterior pode repelir, no plano interno, eficácia jurídica de tratado anterior. “Se assim não fosse,” — observa Bernard Schwartz — “estar-se-ia dando ao tratado não força de lei, mas de restrição constitucional”.²³

Na prática, no entanto, em razão da tradicional atitude de deferência dos juízes e tribunais norte-americanos diante de quaisquer matérias que envolvam relações internacionais, tem sido dada preferência a tratados, salvo nos casos em que seja evidente a intenção do Legislativo de alterar, mediante lei interna posterior, tratado em vigor.²⁴

3.4. CONSTITUIÇÃO X DIREITO INTERNACIONAL

Diferentes soluções vêm sendo adotadas pelas constituições dos diversos países diante de confrontos entre Constituição e direito internacional, os quais se traduzem no confronto entre o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica, pretendido especialmente por constituições rígidas, e o aforismo *pacta sunt servanda*.

23 Ibidem. p. 465.

24 BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 17.

No direito europeu predomina a regra de acordo com a qual tratados que conflitem com a constituição somente podem ser aprovados depois de promovida a necessária reforma constitucional. Adotam expressamente essa solução a Constituição Francesa, a Constituição Argelina, a Constituição Espanhola e a Constituição Alemã.

A Constituição Portuguesa adotou regime híbrido, de acordo com o qual a inconstitucionalidade formal ou material de tratados cumpridos pela(s) outra(s) parte(s) signatária(s) somente impede sua aplicação na ordem jurídica portuguesa se a inconstitucionalidade decorrer de violação a uma norma constitucional **fundamental**. Dispõe o artigo 227, 2, da Constituição Portuguesa:

A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados inconstitucionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental.

A Constituição Holandesa, considerada por Francisco Rezek “excepcional, provavelmente a única”,²⁵ passou a tolerar, após a revisão de 1956, em determinadas circunstâncias, **a conclusão de tratados derogatórios do seu próprio texto**, cuja homologação é capaz de importar, por si mesma, uma reforma constitucional. Requer-se, dentre outros pressupostos, aprovação prévia do tratado por dois terços do parlamento.

3.4.1. NO BRASIL: POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE INTRÍNSECA E EXTRÍNSECA DE TRATADOS

No Brasil, os tratados encontram-se, assim como os demais componentes infraconstitucionais do ordenamento jurídico, sujeitos ao controle da constitucionalidade, tanto do ponto de vista formal quanto material, ainda que de tal controle possa resultar, em se entendendo pela inconstitucionalidade do tratado, prática de ilícito pelo qual, no plano externo, o País deva responder.

25 Direito dos tratados. *Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 463.*

A possibilidade de controle da constitucionalidade intrínseca de tratados encontra-se consagrada, entre nós, desde a primeira Constituição Republicana, de 24-2-1891, no artigo 59, § 1.º, alínea *a*).²⁶

A Constituição de 1967 já previa expressamente o controle da constitucionalidade de tratados pela via difusa, no artigo 114, III, *b*,²⁷ cuja redação foi integralmente mantida no artigo 119, III, *b*, da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969. Semelhante previsão encontra-se no artigo 102, III, *b*,²⁸ da Constituição em vigor. Francisco Rezek,²⁹ comentando o artigo 119, I, *l*, da Constituição de 1969,³⁰ e Luis Roberto Barroso,³¹ referindo-se já ao artigo 102, I, *a*, da Constituição de 1988,³² acrescentam que, embora não

26 BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 29.

27 “Art. 114. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

(...)

III — julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes, quando a decisão recorrida:

(...)

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

(...).”

28 “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III — julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

(...)

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

(...).”

29 REZEK, José Francisco. Op. cit., nota 755. p. 462.

30 “Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I — processar e julgar originariamente:

(...)

l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;

(...).”

31 BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. p. 29.

32 “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I — processar e julgar, originariamente:

a) ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;

(...).”

haja precedentes, é possível cogitar de ação direta de inconstitucionalidade contra decreto que promulgue tratado, em razão de seu *status*, equiparado ao de ato normativo federal.

Alguns doutrinadores, como Haroldo Valladão e Agostinho Fernandes, fazem variar a solução conferida ao conflito entre tratado e norma constitucional, conforme seja o tratado anterior ou posterior à vigência da Constituição.

Caso o tratado seja posterior à Constituição com que conflite, entendem que deva prevalecer a Constituição, pois, nesse caso, o tratado decorreria “dum ato internacional inválido, não vigorante, pois não podia ter sido aprovado nem ratificado”.³³

Caso o tratado seja anterior à Constituição com que não se harmonize, sustentam que deva prevalecer o tratado, impondo-se ao Estado que o cumpra até sua extinção ou denúncia.

Em vista dos dispositivos antes mencionados da Constituição Federal, poderia parecer, à primeira vista, que a Constituição não afastou a possibilidade de acolhida da tese de Haroldo Valladão e Agostinho Fernandes, de acordo com a qual tratados anteriores à Constituição deveriam prevalecer, ainda que com ela conflitassem. A dúvida surgiria porque, embora haja discussão doutrinária a respeito de como se daria a invalidação de normas jurídicas anteriores conflitantes com a Constituição — se mediante revogação ou declaração de inconstitucionalidade —, consolidou-se, no direito intertemporal brasileiro, a tese de que “não se declara a inconstitucionalidade de preceito anterior à entrada em vigor da Constituição”.³⁴

O Supremo Tribunal Federal, todavia, no julgamento de confronto entre o GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) e a Emenda Constitucional n.º 23, de 1-12-1983, posterior ao referido acordo,

33 BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. p. 23.

34 Ibidem. p. 30. *Opiniões diversas podem ser identificadas, todavia. Castro Nunes, por exemplo, afirma haver, relativamente à legislação anterior incompatível com a Constituição, inconstitucionalidade, pois revogação pressuporia cotejo de leis de mesmo nível ou autoridade. “A Constituição não revoga leis, senão quando expressamente o faça”, o que ainda seria “uma excrecência constitucional”, dado o caráter hierarquicamente superior da Constituição. (In: SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 145.)*

deu preferência à disposição constitucional introduzida por força da citada emenda, afastando o entendimento de Haroldo Valladão e Agostinho Fernandes.

A questão se pôs relativamente à cobrança de imposto sobre circulação de mercadorias (ICM) na importação de bens de capital de países membros do GATT. Antes da Emenda Constitucional n.º 23, de 1-12-1983, o STF editou o verbete n.º 575 de sua Súmula, com o seguinte teor: “À mercadoria importada de país signatário do GATT ou membro da ALALC, estende-se a isenção do Imposto sobre Circulação de Mercadorias concedida a similar nacional”. A Emenda Constitucional 23/83 acrescentou o parágrafo 11 ao artigo 23 da Constituição então em vigor, determinando a incidência do ICM sobre “mercadoria importada do exterior”, sem fazer qualquer distinção quanto ao país de origem.³⁵

O STF, no julgamento de recurso extraordinário interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, tendo como relator o Ministro Carlos Madeira, reformou acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que proferiu decisão mantendo a isenção nos casos de importação de bens de capital de países signatários do GATT, não obstante o parágrafo 11 acrescido ao artigo 23 da Constituição Federal. Assim, o STF firmou entendimento de que mesmo que o tratado seja anterior à norma constitucional com que não se compatibilize, não prevalece em detrimento da norma fundamental.³⁶

35 *Era essa a redação do § 11 acrescido ao art. 23 da Constituição de 1969: “O imposto a que se refere o inciso II (ICM) incidirá, também, sobre a entrada, em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior por seu titular, inclusive quando se tratar de bens destinados a consumo ativo fixo do estabelecimento”.* (Grifos nossos.)

36 *Do referido julgado extraem-se os seguintes trechos que evidenciam o entendimento do STF de que deve prevalecer a norma constitucional, ainda que posterior ao tratado com que conflite:*

“Inadmissível a prevalência de tratados e convenções internacionais contra o texto expresso da Lei Magna (...).

Os acordos internacionais, como é o caso do GATT, protegem os produtos originários dos países contratantes. Todavia, não há como admitir, como deixou entender a decisão recorrida, que na nova tributação autorizada pela Emenda Constitucional n.º 23, deva ser atendido o que prescreve um tratado internacional (...).

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”. (RTJ, 121:270, 1987, RE 109.173-SP, rel. Min. Carlos Madeira. In: BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. p. 31.)

Nos Estados Unidos da América, consagra-se a superioridade da Constituição sobre atos internacionais. De acordo com o Terceiro Ajuste sobre Legislação pertinente a Relações Estrangeiras (*Third Restatement of Foreign Relations Law of the United States*), de 1988, não podem ser aplicadas no ordenamento jurídico norte-americano normas internacionais que violem a Constituição, embora a inconstitucionalidade como fundamento da referida não-aplicação não tenha o condão de afastar eventual responsabilidade internacional dos Estados Unidos da América decorrente do descumprimento de tratados e convenções. Dispõe o § 111 do referido diploma:

In their character as law of the United States, rules of international law and provisions of international agreements of the United States are subject to the Bill of Rights and other prohibitions, restrictions, and requirements of the Constitution, and cannot be given effect in violation of them. However, failure of the United States to carry out an obligation on the ground of its unconstitutionality will not relieve the United States of responsibility under international law.³⁷

Não obstante ser inquestionável a superioridade da Constituição norte-americana sobre atos internacionais, a Suprema Corte jamais declarou um tratado inconstitucional nos Estados Unidos da América. Tal fato se deve à tradição de juízes e tribunais norte-americanos cederem aos poderes políticos, notadamente ao Presidente da República, a atribuição de aferir a validade de quaisquer atos que envolvam relações internacionais de qualquer natureza.

A referida atitude de deferência ao Executivo diante de quaisquer questões que envolvam relações internacionais pode ser verificada no caso *United States vs. Alvarez Machain*, de 1992, quando a Suprema Corte, por maioria e reformando decisão de instâncias inferiores, admitiu a possibilidade de submeter a julgamento nos Estados Unidos cidadão mexicano que fora seqüestrado no México, sem anuência daquele país, que formulou protesto diplomático. A Suprema Corte afastou a incidência do tratado de extradição entre Estados Unidos e México sob o argumento primário de que não haveria, nele, proibição expressa de seqüestro. Concluiu, ao final, que,

37 BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., nota 48. p. 27.

embora o seqüestro violasse princípios de direito internacional, a decisão sobre a restituição ou não do acusado ao seu país era questão de competência discricionária do Executivo, pelo que, estando o acusado nos Estados Unidos, à Justiça caberia apenas julgá-lo, independentemente de haver sido para lá conduzido por meio lícito ou ilícito.³⁸

Em relação, especificamente, a possíveis conflitos entre a Constituição e tratados internacionais, que seriam, em verdade, “desconhecidos” pela Suprema Corte por se entender que, tratando-se de “questões políticas”, não deveria haver espaço para controle judicial, Barroso cita o julgado da Suprema Corte no caso *Barquero vs. United States*, onde se afirmou a constitucionalidade do tratado celebrado entre Estados Unidos e México sobre troca de informações tributárias, o qual permite que, mediante requerimento do outro país, a autoridade governamental requisite a qualquer banco comercial informações sobre determinado correntista.³⁹

IV. DIREITO INTERNO X DIREITO INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS

4.1. CONFLITO SE SOLUCIONA MEDIANTE APLICAÇÃO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL

Em matéria de direitos humanos, Cançado Trindade, especialista brasileiro em Direito Internacional dos Direitos Humanos, observa que não há mais pretensão de primazia do direito internacional ou do direito interno, nos termos da polêmica travada entre dualistas e monistas, devendo prevalecer a norma mais favorável à vítima, conforme já consagrado em diversos tratados de direitos humanos.

Não mais há pretensão de primazia de um ou outro, como na polêmica clássica superada entre monistas e dualistas. No presente domínio de proteção, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefício dos seres protegidos. É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância por suas implicações práticas.

38 *Ibidem*, nota 28. p. 27.

39 *Ibidem*, nota 51. p. 28.

4.2. PARÁGRAFO 2.º DO ARTIGO 5.º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: HAVERIA DISPENSA DE PROMULGAÇÃO PARA RECEPÇÃO DE TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL?

É em matéria de direitos humanos que a Constituição de 1988 contém sua única disposição a respeito das relações entre direito internacional e direito interno. Estabelece, no parágrafo único de seu artigo 5.º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, **ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte**”. (Grifos nossos.)

Celso Mello afirma ser redundante o referido dispositivo, pois “os tratados de que o Brasil faz ‘parte’ já são obrigatórios com ou sem o dispositivo acima”.⁴⁰ Parece que, no entanto, ao mencionar tratados internacionais em que o País “**seja parte**” (art. 5.º, § 1.º), logo após assegurar “**aplicação imediata**” a normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5.º, § 1.º), a Constituição, talvez, gere dúvidas quanto ao momento de entrada em vigor, no Direito Interno, de tratados de direitos humanos.

4.2.1. SISTEMAS DE ENTRADA EM VIGOR DE TRATADOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL

O direito internacional é indiferente ao método eleito pelo Estado para promover a **recepção** da norma convencional por seu ordenamento jurídico. Em apertada síntese, vale fazer referência aos possíveis sistemas de entrada em vigor de tratados no direito internacional, a fim de que se possa compreender a independência entre os momentos em que tratados se tornam aplicáveis no âmbito internacional e no âmbito interno.

4.2.1.1. VIGÊNCIA CONTEMPORÂNEA AO CONSENTIMENTO

Por esse sistema, tratados costumam entrar em vigor no direito internacional antes de sua entrada em vigor no direito interno.

Terminadas as negociações, é dado à assinatura apenas efeito autenticatório do texto, ficando estabelecido que o tratado entrará em vigor, imediatamente, por ocasião da ratificação pelas partes. Ratificação

40 MELLO, Celso de Albuquerque. Op. cit. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 188.

“é o ato unilateral com que o sujeito de direito internacional, signatário de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se”.⁴¹

Assim, desde a ratificação por quantas partes signatárias haja sido acordado, os tratados, por esse sistema, entram em vigor no direito internacional. No direito interno brasileiro, suas normas apenas serão recepcionadas após a promulgação do tratado por decreto presidencial.

Esse sistema foi adotado no Acordo de Co-produção Cinematográfica Brasil-Itália (Roma, 1970): “Art. 15. O presente Acordo entrará em vigor a partir da data de troca dos instrumentos de ratificação (...)”.

4.2.1.2. VIGÊNCIA DIFERIDA

Por esse sistema, perfeito que se encontre o vínculo obrigacional pelo consentimento definitivo de quantas partes componham o quorum acordado, certo prazo de acomodação flui antes da entrada em vigor do tratado no direito internacional.

Essa *vacatio*, prevista no próprio tratado, foi concebida para possibilitar que coincidam os momentos de entrada em vigor de suas normas no direito internacional e no direito interno, pois confere tempo para que, no plano interno, proceda-se às formalidades necessárias à recepção do tratado.

Em várias ocasiões, todavia, observa-se haver transcorrido o prazo de acomodação sem que qualquer providência fosse tomada no plano interno para a recepção do tratado.

Esse sistema, considerado ideal, foi adotado na Convenção sobre igualdade de direitos e deveres entre brasileiros e portugueses (Estatuto da Igualdade; Brasília, 1971): “Art. XVIII. A presente Convenção será ratificada pelo dois países em conformidade com as respectivas disposições constitucionais e entrará em vigor um mês após a troca dos instrumentos de ratificação”.

Foi adotado, outrossim, na Convenção n.º 92 da Organização Internacional do Trabalho, sobre alojamento da tripulação a bordo (Genebra, 1949), tratando-se de pacto multilateral, quorum de ratificação como critério para demarcar a data de entrada em vigor no plano internacional:

41 REZEK, José Francisco. Op. cit. p. 267.

Art. 21. (...)

2. A presente Convenção entrará em vigor seis meses depois da data em que tenham sido registradas as ratificações de sete dos seguintes países: (...), ficando entendido que, desses sete países, quatro, pelo menos, deverão possuir, cada um, uma marinha mercante de, no mínimo, um milhão de toneladas de brutas registradas (...).

4.2.1.3. VIGÊNCIA PROVISÓRIA

Por esse sistema, o tratado entra em vigor provisório no plano internacional simultaneamente ao consentimento prenunciativo dos governos, que, geralmente, não possuem competência constitucional para determinar, desde logo, o consentimento e o vigor definitivos.

Rezek entende que essa vigência precária “deve poder cessar *de imediato* se denegado ao governo, internamente, o requisito de confirmação”. O Ministro parece sugerir, assim, que não poderia haver responsabilidade internacional pelo “descumprimento” do tratado em decorrência, por exemplo, de sua não aprovação pelo Congresso.

Esse sistema foi adotado pelo Acordo Comercial Brasil-China (Pequim, 1978):

O presente acordo entrará em vigor, provisoriamente, a partir da data de sua assinatura e passará a vigorar definitivamente desde o dia em que as Partes Contratantes se informarem, reciprocamente, do cumprimento de suas respectivas formalidades legais internas.

4.2.2. RECEPÇÃO DE TRATADOS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: NECESSIDADE DE PROMULGAÇÃO E, NÃO, DE “LEI DE EXECUÇÃO”

Vistos três dos sistemas pelos quais tratados entram em vigor no plano internacional, cumpre-me fazer referência à forma pela qual são recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro. No Brasil, é imprescindível, para que possam ser invocados internamente, bem como para que contem com garantia de vigência pelo Judiciário, que seja dada publicidade aos tratados ratificados pelo País.

A promulgação dos tratados por decreto do Presidente da República vale como ato de publicidade da existência do tratado, introduzindo-o no direito interno com hierarquia de lei federal. Tal promulgação, todavia, não representa exigência constitucional, sendo produto de praxe que remonta aos primeiros exercícios convencionais do Império. Cuida-se de tratado simplesmente porque os atos do Chefe do Executivo costumam ter esse nome.

Quanto aos acordos do Executivo, a simples publicação no Diário Oficial, autorizada pelo ministro das Relações Exteriores e efetivada pela Divisão de Atos Internacionais do Itamaraty, garante sua introdução no ordenamento jurídico nacional, sem que haja manifestação do Congresso nem intervenção formal, a qualquer título, do Presidente da República.

Sustentam, adeptos da teoria dualista, todavia, que tratados somente ingressariam no direito interno após a edição de uma lei que lhes confira vigência interna, denominada “lei de execução”.

O STF afastou tal entendimento no julgamento, em plenário, em 1971, do recurso extraordinário n.º 71.154, tendo como relator o Ministro Oswaldo Trigueiro.

Acordou-se, na ocasião, por unanimidade, que basta, para a recepção interna de tratados, a aprovação pelo Congresso seguida de promulgação pelo Presidente da República.

Em seu voto, afirmou o relator:

(...) Não me parece curial que o Brasil firme um tratado, que esse tratado seja aprovado definitivamente pelo Congresso Nacional, que em seguida seja promulgado e, apesar de tudo isso, sua validade ainda fique dependendo de novo ato do Poder Legislativo. (...)

A objeção seria ponderável se a aprovação do tratado estivesse confiada a outro órgão, que não o Congresso Nacional.

Acresce que a aprovação dos tratados obedece ao mesmo processo de elaboração da lei, com a observância de idênticas formalidades de tramitação. (...)

Por outro lado, a Constituição inclui na competência do Supremo Tribunal Federal a atribuição de julgar, mediante recurso extraordinário,

causas oriundas da instância inferior quando a decisão for contrária à letra de tratado ou de lei federal.

A meu ver, essa norma consagra a vigência dos tratados, independentemente de lei especial, (...) exigida para a validade desta a aprovação pelo Congresso, porém não sua reprodução formal em texto da legislação interna.

A definitiva aprovação do tratado, pelo Congresso Nacional, revoga as disposições em contrário da legislação ordinária.

Sendo assim, conclui-se que a recepção de tratados pelo ordenamento jurídico brasileiro depende de aprovação pelo Congresso e de promulgação pelo Presidente da República.

No plano internacional, a vigência de tratados pode anteceder sua recepção pelo ordenamento jurídico interno, seja em razão de haver-se adotado o sistema de vigência contemporânea ao consentimento; seja por haver-se deixado fluir o prazo de acomodação do sistema de vigência diferida, sem que fossem tomadas as providências necessárias a que o tratado entrasse simultaneamente em vigor no direito internacional e no direito interno; seja, por fim, por haver-se optado pela vigência provisória.

Verificou-se, outrossim, que o conflito de normas de direito interno e de direito internacional em matéria de direitos humanos não mais se soluciona com base na adoção da teoria monista ou da teoria dualista, mas sim mediante busca da norma que seja mais favorável à vítima.

Em vista do exposto, bem como de haver a Constituição Federal garantido **aplicação imediata** a normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (art. 5.º, § 1.º), sem excluir os decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5.º, § 2.º), parece questionável se, quanto a tratados de direitos humanos, não seria suficiente a ratificação pelo Presidente da República para que tivessem asseguradas suas aplicabilidades por juízes e tribunais do País.