

SACHA BRECKENFELD RECK

**CONFLITO ENTRE O TRATADO E O DIREITO INTERNO DOS PAÍSES
SIGNATÁRIOS: O CASO BRASILEIRO**

**CURITIBA
2004**

SACHA BRECKENFELD RECK

**CONFLITO ENTRE O TRATADO E O DIREITO INTERNO DOS PAÍSES
SIGNATÁRIOS: O CASO BRASILEIRO**

**Monografia apresentada como requisito à
obtenção do diploma de Bacharel em
Direito, Curso de Bacharel em Direito, Setor
de Ciências Jurídicas, Universidade Federal
do Paraná.**

Orientadora: Prof^a Tatyana Sheila Friedrich

**CURITIBA
2004**

TERMO DE APROVAÇÃO

SACHA BRECKENFELD RECK

CONFLITO ENTRE O TRATADO E O DIREITO INTERNO DOS PAÍSES SIGNATÁRIOS: O CASO BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora:



Profª. Tatyana Sheila Friedrich
Departamento de Direito Privado - UFPR



Prof. George Bueno Gómm
Departamento de Direito Privado - UFPR



Profª. Vera Cecília Abagge de Paula
Departamento de Direito Público - UFPR

Curitiba, 04 de novembro de 2004

SUMÁRIO

RESUMO	VI
---------------------	-----------

INTRODUÇÃO	VII
-------------------------	------------

CAPÍTULO I

TRATADO E O SEU PROCEDIMENTO	X
---	----------

1.1. TRATADO COMO FONTE DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO	X
1.2. PROCEDIMENTO DE CELEBRAÇÃO DOS TRATADOS, CONFORME A CONVENÇÃO DE VIENA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	XI

CAPÍTULO II

RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO INTERNO DOS PAÍSES SIGNATÁRIOS	XVII
---	-------------

2.1. CONSTITUIÇÕES QUE NÃO FAZEM MENÇÃO EXPLÍCITA À RECEPÇÃO DOS TRATADOS NO DIREITO INTERNO	XVIII
2.2. CONSTITUIÇÕES QUE CONFEREM AO TRATADO POSIÇÃO HIERÁRQUICA DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL	XVIII
2.3. CONSTITUIÇÕES QUE ATRIBUEM AO TRATADO POSIÇÃO HIERÁRQUICA SUPERIOR À DAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS E INFERIOR À DA NORMAS CONSTITUCIONAIS	XIX
2.4. CONSTITUIÇÕES QUE ATRIBUEM AO TRATADO POSIÇÃO HIERÁRQUICA EQUIVALENTE À DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	XX
2.5. CONSTITUIÇÕES DOS PAÍSES DO MERCOSUL	XX
2.6. DIFICULDADE DE VIGÊNCIA DAS NORMAS INTERNACIONAIS, EM VIRTUDE DA PLURALIDADE DE SISTEMAS DE INTEGRAÇÃO	XXI
2.7. TEORIAS DO MONISMO E DO DUALISMO	XXIII
2.7.1. DUALISMO	XXIII
2.7.2. MONISMO	XXVI
2.8. POSIÇÃO DA COMUNIDADE INTERNACIONAL	XXIX

CAPÍTULO III

A RECEPÇÃO E A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO	XXXI
--	-------------

3.1. POSIÇÕES DO STF E DA DOUTRINA BRASILEIRA A RESPEITO DO TEMA	XXXIII
3.1.1. OPINIÕES SOBRE A CLÁUSULA DE RECEPÇÃO PLENA INSCULPIDA NO ART. 5º, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	XL

3.2 FRAGILIDADE DA REGRA BRASILEIRA DE RECEPÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS E INTEGRAÇÃO ECONÔMICA.....	XLIV
--	------

CAPÍTULO IV

UMA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO	XLVII
--	--------------

CONCLUSÃO	LIII
------------------------	-------------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	LVII
---	-------------

RESUMO

Tema que tem suscitado muitas divergências na comunidade jurídica nacional, seja no campo doutrinário seja no jurisprudencial, o vindouro trabalho de monografia discorrerá sobre os diversos sistemas de recepção do tratado no direito interno dos países signatários e as relações daí decorrentes, abordando, em especial o sistema brasileiro de incorporação da norma estrangeira, que, adiante-se, é omissa em relação à posição hierárquica da norma convencional em face da Constituição e das leis infraconstitucionais.

Qual seria o *status* jurídico da norma tratadista no direito brasileiro? *Status* jurídico de norma constitucional? De lei ordinária? Ou seria intermediário dessas duas?

A essas e a outras indagações buscou-se respostas no presente estudo, já que podem acarretar conseqüências jurídicas distintas, sobretudo em relação à derogabilidade ou não do direito internacional pela posterior edição de norma infraconstitucional a ele contrária. Conseqüências essas que não repousam apenas no campo jurídico, tendo também influências no campo econômico, interno e internacional, e na estabilidade das relações do Brasil com a comunidade internacional, cuja ofensa pode resultar na responsabilização internacional do Estado.

INTRODUÇÃO

Desde a antiguidade, os Estados objetivam, por meio de tratados e pactos, estabelecer e manter a paz entre si. No entanto, somente em meados do século XIX, o fenômeno convencional foi acentuado e sofreu uma transformação considerável, por conta da crescente solidariedade entre os diversos elementos da sociedade internacional. Solidariedade, essa tão importante entre Estados, hoje e outrora, que qualquer mudança de seus elementos implica desequilíbrio do poder dentro da totalidade do sistema, exigindo que os problemas na sociedade internacional sejam resolvidos de forma comunitária e simultânea.

De outra parte, observa-se que, nas últimas décadas, o tratado assumiu ainda mais importância na comunidade internacional, haja vista o fenômeno da globalização internacional e do desenvolvimento de uma nova ordem internacional, manifestado após o término da Segunda Guerra Mundial e criação da Organização das Nações Unidas – ONU - e acentuado com o fim da Guerra Fria.

Deveras, em face da celebração dos pactos pós-guerra e, principalmente, da desintegração do bloco socialista e do fim da União Soviética, no início da década de 90, os países capitalistas deixaram de se preocupar com um possível confronto bélico, dando início a uma nova batalha, mas agora comercial, verificada no incremento da disputa entre empresas (multinacionais e regionais) e entre países, bem como na formação dos chamados blocos econômicos¹, tudo em busca do controle dos principais mercados consumidores.

Para corroborar essa tese da evolução do fenômeno convencional, vejam-se os dados a seguir, trazidos por PEREIRA e QUADROS², que demonstram a intensificação da adoção do tratado, como instrumento para a criação de normas jurídicas internacionais, após o término da Segunda Guerra Mundial e a criação

¹ A propósito da proliferação dos blocos econômicos, para cuja efetivação o tratado, neste caso multilateral, é instrumento jurídico essencial, cite-se como exemplo o surgimento do Mercosul – Mercado Comum do Sul -, oriundo da celebração do Tratado de Assunção, em 26 de março de 1991, e a União Européia, bloco econômico que ilustra o maior avanço na aproximação entre Estados soberanos.

² PEREIRA, André Gonçalves. QUADROS, Fausto. **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 169.

da Organização das Nações Unidas: *“Desde 1.500 a. C. até 1860 haviam sido concluídos cerca de 8.000 Tratados de Paz enquanto que só desde 1947 até 1984 foram coletados entre 30.000 e 40.000 tratados e, se prolongarmos essa pesquisa até 1992, embora ainda estejam por apurar os números ente 1984 e 1992, esse montante deverá ser subido para perto dos 50.000 tratados.”*

Esse processo de crescimento da integração internacional e de destaque do Direito Internacional Público implica, necessariamente, uma mudança de comportamento do Estado como provedor de normas jurídicas para a sociedade, deixando de ser um mero produtor e aplicador do direito nacional para se tornar um ente contratante, legitimador e aplicante de normas supranacionais.

Tendo em vista essa tendência e o fato de o tratado ser um o instrumento jurídico internacional de maior importância para atribuir forma e segurança jurídica às convenções internacionais, *“o conflito eventual entre este (tratado) e o direito interno passou a ser enfocado primordialmente sob a ótica da integração do ato convencional à ordem jurídica nacional”*³. Até porque, nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados da comunidade internacional, não há uma uniformidade de tratamento em relação à recepção das normas de Direito Internacional Público - notadamente as oriundas de tratados - e ao seu relacionamento com as leis internas, o que tem causado uma indesejável insegurança jurídica, em prejuízo da evolução do *direito das gentes*.

Esses diversos sistemas de incorporação das disposições convencionais à ordem interna e as dificuldades na estruturação de normas, nos ordenamentos jurídicos nacionais, em especial no ordenamento pátrio, que solucionem, de forma satisfatória, os conflitos entre o direito interno e o direito internacional, para viabilizar o desenvolvimento desse novo quadro de integração, serão suficientemente abordadas no decorrer desse estudo.

Mas, desde logo ressalte-se que, no caso do Brasil, que, através do Governo Federal, tem manifestado constantemente o interesse em celebrar acordos econômicos internacionais e, principalmente, aderir a blocos econômicos, é

imprescindível e urgente a proposição de Projeto de Emenda à Constituição, indicando claramente a solução do conflito entre as duas ordens jurídicas, interna e internacional, já que nosso ordenamento jurídico é omissivo neste particular.

Em se propondo tal emenda à constituição, a posição mais adequada, consoante se sustentará no estudo, do ponto de vista da estabilidade e da profundidade das relações internacionais, econômicas e diplomáticas, travadas pelo Brasil, seria aquela que atribui ao tratado status jurídico de norma infraconstitucional e supra-ordinária, isto é, de "*quasi constitucional law*", muito embora assim não venha entendendo o Supremo Tribunal Federal e alguma parte da doutrina, que têm defendido a natureza jurídica de Lei Ordinária ao tratado, deixando-o afeto à derogabilidade por qualquer lei infraconstitucional posterior.

³ DALLARI, Pedro B. **A Constituição e tratados internacionais**. São Paulo, Editora Saraiva. 2003, p. 18-9.

CAPÍTULO I

TRATADO E O SEU PROCEDIMENTO

1.1. TRATADO COMO FONTE DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

O Tratado, considerado, nos termos do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, como uma das fontes primárias do Direito Internacional Público, além do costume e dos princípios gerais do direito, é definido pela “*Convenção de Viena sobre direito dos tratados celebrados entre Estados*”, de 1969, em seu art. 2º, da seguinte forma: “*Tratado significa um acordo internacional concluído entre Estados em forma escrita e regulado pelo Direito Internacional, consubstanciado em um único instrumento ou em dois ou mais instrumentos conexos qualquer que seja a sua designação específica.*” (art. 2º)

À época da celebração do Tratado, a interpretação desse último artigo poderia gerar dúvida quanto a serem ou não tratados as avenças concluídas entre organizações internacionais, como a Santa Sé e outras coletividades que tenham competência para tanto.

Solucionando a controvérsia sobre a extensão do conceito do art. 2º da Convenção de Viena, REZEK⁴ já definia tratado como “*acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos*”, incluindo, assim, no rol de signatários não só os Estados como também as organizações internacionais.

De toda sorte, a disciplina dos tratados, com participação direta e explícita de organizações internacionais, embora doutrinariamente sempre tenha sido admitida, somente veio a ser consagrada formalmente com a aprovação, em 1986, da *Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais*.

⁴ REZEK, José Francisco. **Direito dos tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 14.

Outrora, havia, ainda, uma forte tendência em se conceber apenas os tratados-leis como fontes do Direito Internacional, estando excluídos deste rol os chamados tratados contratos. Porém, atualmente, é irrelevante a distinção entre esses dois tipos de convenções, tendo em vista o fato de que, como afirma GRUPENMACHER⁵, “*inexistem tratados exclusivamente normativos e tratados exclusivamente contratuais*”, pelo que ambos devem ser considerados normas jurídicas obrigatórias de direito das gentes; diferenciam-se tão-somente pelo número de destinatários, visto que os tratados-leis geralmente são multilaterais, ao passo que os tratados contratos são concluídos entre duas ou poucas partes contratantes.

No rol das fontes de Direito Internacional Público, hoje é incontestável a predominância da utilização do Tratado, em substituição ao império da norma costumeira, que se verificava até meados do século XX, em que pese se tenha buscado, recentemente, uma revalorização, na comunidade internacional, do direito costumeiro.

Por conta disso, mais uma vez ressalta-se a importância de se estabelecer uma solução para o conflito entre as normas internacionais e o direito interno, dando prevalência ao direito das gentes, sob pena de criar-se uma indesejada insegurança jurídica em toda a comunidade internacional, que é exatamente o contrário do que se busca com a celebração desses pactos.

1.2. PROCEDIMENTO DE CELEBRAÇÃO DOS TRATADOS, CONFORME A CONVENÇÃO DE VIENA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em que pese atualmente haja uma forte tolerância quanto ao não cumprimento das exigências formais do procedimento de celebração dos tratados, neste tópico discorrer-se-á sobre o procedimento adotado pela República Federativa do Brasil para celebração de tratados, à luz da Convenção de Viena e da Constituição Federal de 1988.

⁵ GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Tratados Internacionais em matéria tributária**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 62.

De acordo com a regra preconizada no art. 84, VIII, da Constituição Federal, compete privativamente ao Presidente da República *“celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”*. Outrossim, o art. 49, I, da Carta Magna, estabelece a competência do Congresso Nacional para resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

De tal sorte, a decisão da vinculação do Brasil a tratado internacional depende da participação tanto do Poder Executivo como do Poder Legislativo. O Presidente da República – Poder Executivo –, a quem constitucionalmente cabe a manutenção das relações exteriores, possui a prerrogativa de determinar, discricionariamente, a iniciativa do processo legislativo de apreciação de tratado vinculando o Estado brasileiro⁶. Assim o faz, mediante o envio de mensagem aos deputados e senadores, submetendo-lhes, segundo DALLARI⁷, a:

a) texto de tratado celebrado pelo chefe do executivo em nome do País; b) texto de tratado multilateral que, mesmo não tendo contado, por qualquer razão, com a participação do Brasil no ato inicial de celebração, deve, a critério do Presidente da República, merecer apreciação legislativa para eventual adesão; ou, então, c) texto de tratado oriundo de organização internacional – como é o caso das Convenções da Organização Internacional do Trabalho, que, mesmo tendo natureza jurídica de tratado, originam-se de deliberação adotada pela instância mais elevada do organismo, a Conferência Internacional do Trabalho

A aprovação legislativa, portanto, é imprescindível para que, posteriormente, possa se efetivar o ato do chefe do Poder Executivo, Presidente da República, de ratificação do tratado ou adesão a este, que se dará por meio de correspondência oficial endereçada ao Estado ou Organização Internacional depositário(a) do texto convencionado internacionalmente.

A aprovação acima referida é levada a cabo nas duas Casas do Congresso Nacional e pelo quorum de maioria simples, tal como na deliberação de lei ordinária, já que, por não haver regra expressa, na Constituição, a respeito da

⁶ DALLARI, *op. cit.*, p. 88-9.

apreciação de tratados, aplica-se a disposto no art. 47, da Carta Magna: *“Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria absoluta de seus membros.”*

Uma vez votado e aprovado o tratado pelo Congresso, o Presidente da República estará autorizado a ratificar ou aderir ao pacto, o que acarretará a consumação do vínculo jurídico internacional. A consumação de efeitos na ordem jurídica interna se dá com a promulgação do texto convencional, por via de Decreto assinado pelo chefe do Poder executivo.

Malgrado tenha o Presidente da República a competência constitucional para firmar os pactos internacionais, cabe mencionar que, por força do disposto na Medida Provisória n. 813, de 1995 - que trata da Organização da Presidência da República e dos Ministérios - e do Decreto n. 99.578, de 1990 - que consolida normas sobre a organização e funcionamento do Ministério das Relações Exteriores - compete a esse último Ministério levar a cabo as negociações diplomáticas que conduzam aos acordos internacionais.

O Itamaraty, pois, tem participação direta, em nome do País, no processo de formação de acordos internacionais, sendo que aos agentes diplomáticos cabe discuti-los, acompanhá-los e assiná-los, durante a sua elaboração.

Todavia, tais atribuições não fazem desse órgão mais do que auxiliar do Presidente da República, que se afigura como a principal autoridade na condução das avenças internacionais. Deste modo, a maioria os indivíduos que representarem o Chefe do Executivo nas negociações internacionais necessita de autorização expressa por parte deste, o que demonstra a importância da carta de *“plenos poderes”*, que, no magistério de MEDEIROS⁸, é o *“instrumento pelo qual o Presidente confere competência a outrem para negociar ajustes internacionais”*.

⁷ Id. p. 89.

⁸ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz. **O poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados**, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995. p. 459.

Em face disso, é comum que o **Ministro das Relações Exteriores**, após concordar com o texto de um projeto de tratado internacional, encaminhe-o ao **Presidente da República**, que é a pessoa que tem competência privativa para a negociação de acordos internacionais; outrossim, quando o representante do Itamaraty entender que um tratado deve ser ratificado, encaminha ao **Chefe do Executivo** um projeto de mensagem ao **Congresso Nacional**, acompanhado de cópia autêntica do texto do tratado⁹.

O rigoroso procedimento constitucional acima descrito, de incorporação de um tratado ao ordenamento jurídico brasileiro, tem sido alvo de crítica pelos doutrinadores pátrios, notadamente naquilo que diz respeito à necessidade ou não de que todos os acordos internacionais, ainda que os meramente executivos, sem grande repercussão jurídica e política, devam se submeter, por força da disposição do art. 49, I, da CF¹⁰, à aprovação pelo Congresso Nacional.

MEDEIROS¹¹ tenta solucionar essa controvérsia ao estabelecer, à luz da Constituição Federal, dois processos básicos para a celebração de tratados internacionais pelo Estado brasileiro:

1) Processo solene e completo

Pode transcorrer de duas formas: a) inicia com a negociação e a adoção do texto, prossegue com a avaliação interna de suas vantagens ou inconvenientes e, no caso de ser aprovado, ocorre a manifestação da vontade do Estado em obrigar-se pelo tratado, o aperfeiçoamento jurídico internacional dessa vontade e a incorporação do texto do tratado à ordem jurídica interna (negociação – assinatura – mensagem ao Congresso – aprovação parlamentar – ratificação – promulgação); b) o Executivo solicita ao Congresso autorização para aderir a um tratado. Concedida a autorização, é remetido o instrumento de adesão à autoridade depositária do tratado, que leva ao conhecimento das partes a decisão do Brasil de também assumir as obrigações do tratado. Entrando o ato de adesão em vigor no plano internacional, o tratado é incorporado à ordem jurídica interna (mensagem ao Congresso – autorização parlamentar – adesão – promulgação).

2) O processo simples e abreviado

⁹ Id. p.461-62.

¹⁰ “Art. 49 – *Compete exclusivamente ao Congresso Nacional:*

1. resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos e compromissos gravosos ao patrimônio nacional.”

¹¹ Id. p. 457-458.

É o rito dos acordos em forma simplificada: negociação – assinatura (ou troca de notas diplomáticas) – publicação.

O primeiro procedimento, mais completo, seria, segundo o autor, destinado aos tratados mais complexos, de repercussão jurídica mais relevante, enquanto que o segundo, mais simples e abreviado, destinaria-se aos chamados acordos executivos, de menor impacto político e jurídico, aqueles inerentes à rotina diplomática.

Essa é uma das vertentes doutrinárias, que defende a duplicidade de procedimentos e a dispensa, em alguns casos, da aprovação pelo Congresso Nacional, sendo também defendida pelos autores Celso de Albuquerque Mello¹², José Francisco Rezek¹³, Betina Grupenmacher¹⁴ e Pedro B. A. Dallari¹⁵.

A outra vertente, que sustenta a necessidade de aprovação, pelo Congresso Nacional, de todos os tratados e acordos internacionais de que o Brasil faça parte, tem como seguidores os autores Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁶, Oscar Dias Corrêa¹⁷, Pinto Ferreira¹⁸ e José Cretella Jr¹⁹.

Dentre as duas posições doutrinárias, a mais correta parece ser aquela que dispensa de aprovação legislativa os acordos meramente executivos, tendo em vista, sobretudo, o bom andamento das rotinas diplomáticas do Chefe do Poder Executivo. Mesmo porque, interpretação diversa implicaria reputar inútil a expressão *“acordos ou atos internacionais que acarretem encargos e compromissos gravosos ao patrimônio nacional”* (grifei), incluída pelo legislador constituinte na regra do art. 49, I, da Carta Magna. Dessa expressão, com efeito, extrai-se forçosamente que os

¹² MELLO, Celso de Albuquerque. **Direito Constitucional Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 276.

¹³ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: Curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 66-7.

¹⁴ GRUPENMACHER, Betina. op. cit. p. 65.

¹⁵ DALLARI, op. cit. p. 93.

¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentário à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2. p. 21..

¹⁷ CORRÊA, Oscar Dias. **A Constituição de 1988: Contribuição crítica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 122.

¹⁸ PINTO FERREIRA. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1992. v.3. p. 570.

¹⁹ CRETELLA Jr. José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro:Forense Universitária, 1991. p. 2.907.

acordos que não acarretem encargos e compromissos gravosos ao patrimônio nacional não se submetem a aprovação pelo Congresso Nacional.

No tópico seguinte, discorrer-se-á sobre a recepção da norma internacional no ordenamento jurídico dos países signatários, além do status que ela ocupa em relação ao direito interno, analisando-se tanto sistemas estrangeiros como o sistema brasileiro.

CAPÍTULO II

RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO INTERNO DOS PAÍSES SIGNATÁRIOS

A recepção dos tratados internacionais na ordem jurídica interna dos países signatários, conquanto seja tema clássico da teoria do Direito Internacional Público, ainda é motivo de acirrada discussão em situações concretas²⁰, principalmente quando se trata da definição da implicação/repercussão dos tratados nos ordenamentos nacionais.

Pode-se ilustrar da seguinte maneira: existindo conflito entre a norma tratadista (internacional) e a norma interna, qual delas deverá prevalecer?

Há diferentes modelos constitucionais de sistemas de integração dos Tratados ao Direito Interno. Segundo Mirtô Fraga, existiriam quatro espécies: (i) adoção global da regra do Direito Internacional pelo direito interno, sem, todavia, instituir a primazia de uma sobre a outra; (ii) adoção global com primazia do direito internacional; (iii) sistema de incorporação obrigatória, mas não automática; (iv) aqueles cuja Constituição, embora submeta o Estado ao direito internacional, não trata da integração deste no direito interno.²¹

Em seguida, serão abordados todos esse sistemas, citando os principais países que os adotam, fazendo ao final uma menção aos sistemas utilizados pelos países do Mercosul.

²⁰ Id. p. 7. O tema da recepção dos tratados internacionais, para Pedro Dallari, compreende duas dimensões distintas, quais sejam: a recepção do Direito Internacional Público no direito interno e a da recepção dos tratados internacionais pelo sistema de normas de direito positivo do Estado.

²¹ FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno**: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense. 1997. p.15

2.1. CONSTITUIÇÕES QUE NÃO FAZEM MENÇÃO EXPLÍCITA À RECEPÇÃO DOS TRATADOS NO DIREITO INTERNO

O exemplo mais significativo de Estado, atuante no cenário internacional, cuja Constituição não contempla qualquer norma disciplinadora da relação entre o direito interno e o direito internacional, embora a sua prática aponte para a integração, é a Suíça. Tal exemplo é importante para elucidar que a ausência de regra constitucional explícita não é motivo para justificar o desrespeito com as normas de Direito Internacional Público.

De mais a mais, neste rol de Estados, também podem ser enumerados, na lição de CASSESE²², no período por volta de 1985, os países do denominado “bloco socialista”, com exceção da URSS, países do terceiro mundo e até mesmo países desenvolvidos do bloco ocidental, como a Itália e a República Federal da Alemanha, apesar de que, em relação a este último, como se verá mais à frente, pode-se considerar implícita, pelo contexto em que está situada, a referência aos tratados na formulação “Normas Gerais de Direito Internacional Público”.

2.2. CONSTITUIÇÕES QUE CONFEREM AO TRATADO POSIÇÃO HIERÁRQUICA DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL

As Constituições norte-americana, austríaca e portuguesa, podem ser relacionadas como textos que, embora não façam menção explícita à superioridade da norma constitucional sobre a do ordenamento jurídico nacional, contemplam expressamente a integração do tratado no direito interno do Estado.

Dentre essas, a Constituição dos EUA foi apresentada por CASSESE²³ como exemplo maior dos sistemas da segunda categoria, cabendo ressaltar, no entanto, que, por se tratar de uma federação, os tratados não podem ser

²² CASSESE, Antonio. **Modern Constitutions and International Law.** *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1985 III, Tomo 192, Dordrecht (Holanda): Martinus Nijhoff Publishers, 1986. p.394.

²³ *Id.*

desconsiderados pelas Constituições e leis dos Estados que integram a União, mas podem ser superados pela legislação federal.

Na lição de DALLARI²⁴, *"a Constituição portuguesa de 1976, elaborada sob os efeitos do processo de redemocratização vivido naquele país após a queda da ditadura salazarista, conferiu importância significativa ao tema da recepção dos tratados internacionais, sem, no entanto, precisar explicitamente acerca do patamar hierárquico de integração deles ao direito interno"*.

2.3. CONSTITUIÇÕES QUE ATRIBUEM AO TRATADO POSIÇÃO HIERÁRQUICA SUPERIOR À DAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS E INFERIOR À DA NORMAS CONSTITUCIONAIS

Demonstrando uma clara evolução do processo integracionista no continente europeu, as Constituições da Alemanha, Espanha e França, podem ser arroladas como textos que consagram a superioridade dos tratados internacionais em relação às normas infraconstitucionais.

A Lei Fundamental Alemã, de 1949, faz várias referências ao Direito Internacional Público em geral, mais precisamente ao sistema comunitário europeu, parte delas introduzidas por conta das emendas efetuadas em 1992, fruto do processo de integração da Europa, se bem que a superioridade dos tratados já era consagrada no art. 25²⁵, do texto original.

Por sua vez, o sistema francês prevê expressamente a supremacia do tratado em relação à ordem jurídica interna, colocando-o acima das leis infraconstitucionais e submetendo-o a controle prévio de constitucionalidade, para evitar a contradição nesse patamar mais elevado.

Elucidando a transição democrática ocorrida no país, a Constituição espanhola é bastante detalhista no tratamento que confere aos tratados

²⁴ DALLARI, op. cit. p. 93.

²⁵ "Art. 25. As normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Sobrepõem-se às leis e constituem fonte direta para os habitantes do território federal."

internacionais e, da mesma forma que vários países da Europa, contém regras destinadas à convivência em sistemas comunitários.

Podem ainda ser citados, como Estados cujas Constituições atribuem ao tratado o *status* de 'quasi-constitucional law', o Japão e alguns países latino-americanos – Costa Rica (Constituição de 1949), Paraguai (1967) e Peru (1979).

2.4. CONSTITUIÇÕES QUE ATRIBUEM AO TRATADO POSIÇÃO HIERÁRQUICA EQUIVALENTE À DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A Holanda e uma sua antiga colônia, o Suriname, são os únicos casos em que se adotou, na época de 1985, sistemas que admitem a capacidade de os tratados derogarem inclusive disposição de natureza constitucional. O primeiro, inclusive, é o único Estado cujo sistema constitucional trabalha com a possibilidade de a vinculação do tratado internacional ao âmbito interno alterar automaticamente as normas da própria Constituição.

Nada obstante, ao se examinar o caso holandês, deve-se fazer uma ressalva à hipótese de derrogação de texto da Constituição. Na verdade, o que o sistema constitucional daquele país prevê é a possibilidade de adoção simultânea, com o quórum adotado para a reforma da Constituição, de um tratado e de uma emenda constitucional voltada à superação do eventual obstáculo à incorporação da norma convencional internacional²⁶. Analisada tal previsão, pode-se chegar à conclusão de que inexistente sistema que, de plano, desconsidere a supremacia do texto constitucional interno, prevendo o caso holandês apenas uma possibilidade de emenda à Constituição quando o tratado a contrariar e quando for de interesse do Legislativo daquele país.

2.5. CONSTITUIÇÕES DOS PAÍSES DO MERCOSUL

No tocante à recepção do direito internacional nos países do Mercosul – Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai – podemos dizer que as

²⁶ DALLARI, *op.cit.* p.23.

Constituições desses se dividem em dois grupos: o primeiro, formado pelas Constituições da Argentina e do Paraguai, caracteriza-se pela previsão da incorporação dos tratados internacionais ao direito interno e pela disciplina do patamar hierárquico em que ocorre essa integração; o segundo, representado pelos textos constitucionais do Brasil e do Uruguai, caracteriza-se pela ausência de previsão explícita sobre o tema, de modo que a disciplina da integração é fruto de um esforço de hermenêutica.

As constituições da Argentina e do Paraguai se destacam por conceder tratamento diferenciado para os tratados internacionais sobre direitos humanos, atribuindo-lhes, de modo bastante explícito no caso argentino, posição jurídica de norma constitucional.

A Constituição Uruguaia, por sua vez, é bastante omissa no tratamento do tema, prevendo tão-somente regras de fixação de competências para os órgãos do Estado no procedimento de celebração e aprovação de tratados internacionais. Há nessa Carta apenas uma tímida e genérica disposição, em seu art. 6º, acerca da integração internacional do país, prevendo que *“La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Así mismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios.”*

A Constituição brasileira de 1988 não é tão omissa como a Uruguaia na disciplina da recepção da norma tratadista no ordenamento jurídico interno, mas pode ser enquadrada entre aquelas que, em que pese façam referência expressa à incorporação das convenções internacionais, não conferem a esses diplomas normativos posição hierárquica superior à das regras infraconstitucionais.

2.6. DIFICULDADE DE VIGÊNCIA DAS NORMAS INTERNACIONAIS, EM VIRTUDE DA PLURALIDADE DE SISTEMAS DE INTEGRAÇÃO

Como se vê, a diferença existente entre esses modelos de recepção dos tratados, na comunidade internacional e no Mercosul, aponta a dificuldade que efetivamente é imposta à plena observância dos tratados no âmbito do

sistema jurídico de cada Estado, não obstante a crescente propensão à pactuação na esfera do Direito Internacional Público.

No caso específico do Mercosul, a indefinição dos sistemas brasileiro e uruguaio na recepção de normas de Direito Internacional Público fez com que o Mercosul caracterize-se por propósitos normativos pouco ambiciosos, mesmo com a abertura à integração presente nas constituições argentina e uruguaia. Com efeito, ressalvadas as regras constantes do sistema de tratados do Mercosul, esse tem legislado de forma indireta, deixando para o plano jurídico interno dos países do Cone Sul a materialização de suas decisões, o que, sem dúvida, causa uma insegurança jurídica entre os membros desse bloco econômico e compromete o seu avanço.

No mesmo sentido, Betina Treiger Gruppenmacher, afirma que:

A existência de norma constitucional que reconheça o primado dos tratados é medida que se faz premente para tornar efetivo o processo de integração econômica pelo Mercosul, tal qual ocorre em relação à União Européia.

A circunstância de não possuímos em nossa Magna Carta dispositivo que confira prevalência ao tratado internacional sobre a lei doméstica contrasta com os sistemas da Argentina e Paraguai, nossos parceiros no Mercosul, nos quais há disposição constitucional expressa deixando espaço ao Direito Comunitário, e à supranacionalidade dos mecanismos normativos.²⁷

Diante da crescente solidariedade internacional e da intensificação do fenômeno convencional²⁸, manifestada, sobretudo, na criação de pólos econômicos (União Européia, Mercosul e a futura ALCA), parece mais acertado, até para sobrevivência do “*direito da gentes*”, o entendimento da superioridade do direito internacional não em relação à constituição, mas à toda legislação infra-constitucional posterior ou anterior àquele.

Nota-se, pois, que há uma imbricação entre dois ordenamentos jurídicos distintos, havendo quase sempre a indagação relativa a qual seria o ordenamento aplicável. Indagação essa analisada por diversas teorias abstratas, umas monistas e outras dualistas.

²⁷ GRUPENMACHER, op. cit. p. 75.

2.7. TEORIAS DO MONISMO E DO DUALISMO

A relação e equacionamento entre Direito Internacional Público e o direito interno foram objeto de duas clássicas concepções: monista e dualista. Isto é, ou os dois ordenamentos jurídicos são independentes, distintos, separados e impenetráveis (dualismo) ou derivam um do outro, numa concepção unitária do direito (monismo).

No entanto, essas concepções clássicas têm sido objeto de críticas que ora destacam uma espécie de impertinência da dicotomia; ora vislumbram, na situação atual das relações internacionais, uma posição intermediária, não isenta, todavia, de variações conforme os grupos de Estados interessados; ora que, por conta do movimento de integração, haveria um tralismo²⁹.

A despeito de tais críticas a essas concepções clássicas, explanar-se-á a seguir um pouco sobre elas.

2.7.1. DUALISMO

Para a teoria dualista, o direito internacional e o direito interno são noções diferentes, formando duas ordens jurídicas autônomas, independentes e inderivadas. Segundo a lição de MELLO³⁰, esta oposição visualizada pelos dualistas resultaria da existência de três diferenças marcantes entre as duas ordens jurídicas:

A primeira diferença é de 'relações sociais': na ordem internacional o Estado é o único sujeito de direito enquanto na ordem interna aparece o homem também como sujeito de direito.

A segunda diferença é das fontes nas duas ordens jurídicas: o direito interno é resultado da vontade de um estado, enquanto o DI tem como fonte a vontade coletiva dos estados que se manifesta expressamente tratados-leis e tacitamente no costume internacional. (...)

²⁸ Ver capítulo I.

²⁹ STRAUS, Flávio Augusto Saraiva. **Soberania e Integração Latino-Americana** – Uma perspectiva Constitucional do Mercosul. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.54

³⁰ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. ver. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 1994 p. 97/98

A terceira diferença é relativa à estrutura das duas ordens jurídicas: a interna está baseada em um sistema de subordinação e a internacional na coordenação. É a comunidade internacional uma sociedade paritária.

Para os dualistas o direito internacional e o direito interno são duas ordens jurídicas que jamais podem confrontar-se, visto que, em sendo o direito internacional um vínculo do Estado com direito das gentes e o direito interno um vínculo apenas em relação aos nacionais do respectivo País, não mantêm entre si, os ordenamentos, qualquer tipo de relação.

Esta concepção traz à tona a "teoria de incorporação", vale dizer, para que uma norma internacional seja aplicada no âmbito interno dos Estados é forçoso que esses, previamente, façam a sua conversão em norma interna, incorporando a disposição internacional aos seus ordenamentos jurídicos. Essa necessidade decorreria da autonomia e da completa independência entre essas duas ordens jurídicas.

Segundo essa concepção, portanto, a produção de efeitos jurídicos na esfera interna dos países signatários depende exclusivamente de manifestação de vontade dos Estados nesse sentido, o que somente seria possível após a reprodução do texto normativo em lei interna, aprovada pelo legislativo através do procedimento próprio. Na opinião de Triepel³¹, dos seguidores dessa teoria, "o tratado não é meio em si de criação do direito interno", senão "um convite" para que o estado incorpore a norma internacional ao seu ordenamento jurídico interno.

Consoante o magistério de GRUPENMACHER³²: *"a teoria da transformação, também chamada 'teoria da incorporação legislativa', reflete uma posição dualista extremada, já que, sem lei interna que transforme as normas de tratado em direitonacional, as disposições convencionais não têm aplicabilidade no âmbito interno de cada Estado"*.

Assim, prossegue a autora afirmando que existe ainda um dualismo moderado, adotado pelas constituições dos países que não impõem extremo rigor à transformação das disposições dos tratados em lei interna, mas exigem tão-

³¹ Triepel apud. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. op. cit. p. 99.

³² GRUPENMACHER, Betina Treiger. op. cit. p. 68-69.

somente que os tratados e as convenções internacionais, antes de serem ratificados pelo Chefe do Poder Executivo, passem pelo referendo e/ou aprovação do Poder Legislativo, dispensando a elaboração de lei especial reproduzindo as disposições do acordo internacional.

Tal é o caso do Brasil, prevendo a nossa Constituição apenas o referendo do Poder Legislativo quanto ao conteúdo do acordo internacional assinado pelo Presidente da República, fato que autorizará ou não o Chefe do Poder Executivo a ratificar o tratado internacional.

As críticas opostas ao dualismo, segundo MELLO³³, são as seguintes:

Em primeiro lugar, deve-se observar que o homem também é sujeito de direito internacional, e não somente os estados, já que tem direitos e deveres outorgados diretamente pela ordem internacional, como ocorre em relação aos direitos provenientes de declarações internacionais de direitos humanos.

Segundo, no tocante às fontes, não é correto afirmar que o direito provém da vontade de um Estado nem de vários Estados, porquanto o voluntarismo é incapaz de explicar o surgimento e a obrigatoriedade do costume internacional.

Terceiro, a suposta coordenação na constituição do ordenamento jurídico internacional, supostamente distinta da subordinação presente no direito interno, é ilusória, tendo em vista que, remetendo à noção de Kelsen, coordenar é subordinar a uma terceira ordem, de modo que a diferença entre as duas ordens seria de estrutura ou grau e não de natureza.

Por derradeiro, o direito internacional, sobretudo o consuetudinário, é normalmente aplicado pelos tribunais internos independente de qualquer transformação ou incorporação.

³³ MELLO, Celso Duvivier de Alburquerque. op. cit. p. 98

2.7.2. MONISMO

Em oposição ao dualismo, temos a teoria do monismo, que não admite a existência de duas ordens jurídicas autônomas, independentes e não derivadas, sustentando, em suma, a existência de apenas uma ordem jurídica.

ACCIOLY³⁴, em poucas palavras, define e defende a teoria monista, ao sustentar que *“em princípio o direito é um só, quer se apresente nas relações de um Estado, quer nas relações internacionais”*. A essa ordem jurídica una, na visão do ilustre autor, correspondem não sistemas jurídicos distintos e impenetráveis, mas *“duas esferas de ação: uma interna e a outra externa; a primeira, regulada, em cada Estado, pelo respectivo direito interno; a segunda, regida pelo direito internacional”*.

BARROSO³⁵, filiando-se também à teoria monista, afirma que *“o direito constitui uma unidade, um sistema, e tanto o direito internacional quanto o direito interno integram esse sistema. Por assim ser, torna-se imperativa a criação de normas que coordenem esses dois domínios que estabeleçam qual deles deve prevalecer em caso de conflito”*.

Essa necessidade de estabelecer a integração entre as duas ordens jurídicas, internacional e interna, fez surgir, dentro do monismo, duas correntes: a) uma que defende a supremacia do direito interno sobre o direito internacional; e outra b) que defende a primazia do direito internacional sobre o direito interno.

a) Segundo MELLO³⁶, *“o monismo com primazia do direito interno tem as suas raízes no hegelianismo, que considera o Estado como tendo uma soberania absoluta, não estando, em consequência, sujeito a nenhum sistema jurídico que não tenha emanado de sua própria vontade.”*

³⁴ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 11. ed., 6ª tir., rev. por Geraldo Eutálio do Nascimento e Silva, São Paulo: Saraiva, 1986. p.5.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 16.

³⁶ MELLO, . op. cit. p. 99.

Para essa concepção, não existem duas ordens jurídicas autônomas que mantenham relações entre si, sendo o Direito Internacional um direito interno aplicado pelo Estado nas relações internacionais em que está envolvido.

Essa teoria foi seguida por Wenzel, os irmãos Zorn, Decenciére-Ferrandière e Vendross e Georges Burdeau, que preconizavam a soberania absoluta do Estado ao sustentar que o direito internacional só é válido para o país signatário do Tratado, se for considerado parte de seu direito nacional.

A corrente acima recebe as seguintes críticas de MELLO³⁷:

A primeira e mais importante de todas é que ela nega a existência do próprio DI (Direito Internacional) como um direito autônomo, independente. Ela o reduz a um simples direito estatal.(...)Esta teoria não se encontra de acordo com a prática internacional: se a validade dos tratados internacionais repousasse nas normas constitucionais que estabelecem o seu modo de conclusão, como sustentara Wenzel, toda a modificação na ordem constitucional por um processo revolucionário deveria acarretar a caducidade de todos os tratados, concluídos na vigência do regime anterior. Entretanto, isso não ocorre, porque em nome da continuidade e permanência do Estado ele é ainda obrigado a cumprir os tratados concluídos no regime anterior.

Por conta disso, a teoria acima pode ser considerada pseudomonista, pois não existe apenas um direito interno, senão vários, um para cada Estado da comunidade internacional. Se cada ordenamento jurídico interno, de cada Estado, regesse a sua atuação na comunidade internacional, como preconiza a teoria acima, seria praticamente impossível a efetivação dos comandos deliberados nos tratados e demais instrumentos normativos internacionais, o que causaria uma considerável insegurança jurídica na comunidade internacional.

b) o monismo com primazia do direito internacional foi preconizado pela escola de Viena, na qual Kelsen se destacou como um dos principais defensores. Este, primeiramente, remontando à sua célebre pirâmide de normas, não via possibilidade de conflito entre o direito internacional e o direito interno, visto que uma norma hierarquicamente inferior – o direito interno - jamais poderia conflitar com uma norma hierarquicamente superior – o direito internacional,

³⁷ Id.

Mais adiante, o ilustre jurista passou a admitir a possibilidade de conflitos, no entanto, considerava que esses não quebram a harmonia do sistema, assim como um conflito entre a lei e a Constituição não rompem a harmonia do direito estatal; basta aplicar soluções da Teoria Geral do Direito, mormente a de que a norma hierarquicamente superior derroga a norma hierarquicamente inferior.

Quanto às críticas dirigidas a essa teoria, salienta com percuciência MELLO³⁸ que: “a principal crítica dirigida a essa teoria (monismo com primazia do direito internacional) é que ela não corresponde à história, que nos ensina ser o Estado anterior ao DI.” Partindo desse pressuposto, seria difícil aceitar que, na pirâmide de Kelsen, uma norma historicamente anterior retiraria seu fundamento de uma norma historicamente posterior. Os monistas respondem a essa crítica dizendo que a sua teoria é lógica e não histórica.

Mais adiante, MELLO³⁹ acrescenta que, “realmente, negar a superioridade do DI é negar a sua existência, uma vez que os Estados seriam soberanos absolutos e não estariam subordinados a qualquer ordem jurídica que lhes fosse superior.”

Disso decorre que é implícito ao ato de um Estado incorporar à comunidade internacional o fato de renunciar parte de sua soberania, aceitando a sua sujeição a determinado ordenamento jurídico internacional. Caso contrário, o direito internacional se tornaria letra morta, já que não pode estar condicionado ao alvedrio do legislador interno de cada Estado integrante da comunidade internacional.

Seja qual for a posição que se adote, monista ou dualista, no caso brasileiro importa definir qual é o ordenamento jurídico que prevalece em caso de conflito, o internacional ou o interno, haja vista que o sistema jurídico pátrio carece justamente de regras claras que disciplinem a integração entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno.

³⁸ MELLO, *op. cit.* p. 100.

³⁹ *Id.*

2.8. POSIÇÃO DA COMUNIDADE INTERNACIONAL

Em que pese a imbricação a respeito do monismo e do dualismo, ou em relação à superioridade ou não do direito internacional sobre o direito interno, não se olvide que o cumprimento das normas internacionais postas por tratados é assegurado pela *responsabilidade internacional*.

De tal sorte, segundo Pagliarini

(...)pouco importa para o direito das gentes a divisão interna, constante na Constituição, sobre competências e incorporação. O que é da importância capital para direito internacional é que as obrigações assumidas pelo Estado sejam cumpridas, seja lá como for o processo interno de decisão constante na Constituição do Estado; a infração dos deveres assumidos enseja a responsabilização do Estado perante o direito internacional público. E tal responsabilidade internacional é imposta ao Estado como resultado de decisões dadas no âmbito de seu Legislativo, seu Executivo ou seu Judiciário”⁴⁰

A despeito do que prevêm os ordenamentos internos, não se pode olvidar do fato de que, para as instituições genuinamente internacionais, a regra geral é de que o descumprimento do pacto internacional implica, conforme a interpretação de dispositivos constantes na Convenção de Havana sobre Tratados (ratificada, aliás, pelo Brasil), na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e da Corte Permanente de Justiça, ao Estado faltoso a *responsabilização internacional*.

Portanto, o direito interno do Estado-parte não constitui pretexto, tampouco justificativa plausível, no âmbito do Direito Internacional Público, ao descumprimento de um tratado internacional, cuja aquiescência de tal Estado ao pacto tenha sido livremente externada como inequívoca manifestação de vontade. Logo, deve o Estado que não pretende cumprir determinada norma internacional recorrer à renúncia desse tratado, não lhe sendo possível, para tanto, esteiar-se no direito interno.

⁴⁰PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição e Direito Internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.152. Em outra passagem, ressalta esse autor: "O direito internacional é indiferente ao método eleito pelo Estado para promover a recepção da norma convencional por seu ordenamento jurídico. Importa-lhe tão-só que o tratado seja de boa-fé, cumprido pelas partes. Nos Países Baixos, entre 1906 e 1953, ignorava-se conscientemente qualquer prática expressiva do fenômeno da recepção; atitude que, ao gosto dos

Não se olvide, ainda, que, quanto à aplicação dos pactos, os tratados e convenções são celebrados para serem executados, daí a necessidade de serem aplicados pelos tribunais nacionais, principalmente quando estipulam direitos e obrigações aos indivíduos. Geralmente, a aplicação das normas estabelecidas por tratados exige a implantação prévia de medidas reguladoras, administrativas ou financeiras, que são imprescindíveis à execução do acordo. Prevalecendo, pois, nessa seara, o princípio básico de direito internacional que confere a possibilidade do direito constitucional de cada Estado solucionar os problemas derivados da aplicação, pelos tribunais nacionais, de normas de direito internacional, sem, todavia, olvidar-se que o Estado não pode invocar disposições de seu direito interno a fim de justificar o descumprimento de um tratado. Apenas lhe é facultada a possibilidade de eleger os meios de execução que repute convenientes, conforme suas tradições e princípios fundamentais de sua organização política, sob pena de ser responsabilizado internacionalmente.

Via de regra, a revogação de um tratado, tal como ocorre com a lei, somente pode se dar através de um processo semelhante ao de sua criação, ou por uma forma nele prevista ou fixada pelo Direito Internacional Público, pelo que a violação a esse princípio não pode resultar em outra situação que não a responsabilização internacional do Estado infringente.

pensadores monistas, retratava a operatividade da norma internacional por sua própria e originária virtude, com o permeio de qualquer diploma interno de incorporação.” (p.149)

CAPÍTULO III

A RECEPÇÃO E A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Desde logo, transcreva-se excerto de Pedro Dallari “o sistema jurídico brasileiro, de clara vocação monista, como se procurará demonstrar, é carente justamente de normas claras que propiciem a coordenação do Direito Internacional Público com o direito interno e o estabelecimento de regras de prevalência para as hipóteses de conflito.”⁴¹

A propósito, as análises mais recentes sobre a relação entre Direito Internacional Público e direito interno constatam, lamentavelmente, não só a crescente preocupação em relação processo de vinculação do Brasil a tratados internacionais e incorporação desses ao direito interno, bem como a inexistência de uma regra clara normatizadora dos efeitos dessa incorporação e os prejuízos daí decorrentes. Ausência essa que, conforme se verá adiante, afeta consideravelmente o Mercosul e, por conseguinte, a integração latino-americana.

Com efeito, na Constituinte de 1987 e 1988, embora o tema geral da incorporação do Direito Internacional Público no direito interno tenha merecido alguma atenção, o resultado final não contemplou uma positivação adequada para viabilizar uma estrutura normativa coerente e articulada capaz de reger de modo inequívoco o acolhimento dos preceitos emanados dos tratados.

Tal quadro de decepção intensificou-se ainda mais, no exercício do Poder Constituinte de Revisão, uma vez que, não obstante tenha sido objeto de proposta de emenda a fixação de novas diretrizes de integração do Direito Internacional

⁴¹ DALLARI. op. cit. p.11-2. Em outro excerto, “a atual Constituição do Brasil, de 1988, situa o País justamente no rol dos Estados que não contemplam nas respectivas Cartas normas claras de integração dos tratados internacionais ao direito interno e, muito menos, normas para assimilação de decisões de organizações internacionais. Na classificação de ANTONIO CASSESE anteriormente apresentada, o texto constitucional brasileiro poderia ser enquadrado entre aqueles que, embora contendo alguma referência ao tema da recepção dos tratados, não conferem a esses diplomas normativos internacionais posição hierárquica superior à das regras infraconstitucionais. E, dada tal característica, fica reafirmada uma tradição do constitucionalismo nacional e negada, até agora, a adesão a uma tendência crescente no mundo contemporâneo.” (Id. p. 41)

Público ao direito interno, tal projeto não foi aprovado, inexistindo, portanto, inovação no direito positivo que solucionasse os dilemas da recepção dos tratados na ordem jurídica brasileira.

Essa conjuntura verificada na Carta hodierna não foge, todavia, da tradição constitucional brasileira, eis que, mediante análise da evolução histórica de todas as Cartas, nota-se que elas *“foram omissas em relação ao tema da recepção dos tratados internacionais e seus efeitos no direito interno, sendo o tratado, no plano constitucional, enfocado quase que exclusivamente sob a ótica da distribuição de competências entre os poderes, com vistas ao regramento do respectivo processo de celebração e aprovação.”*⁴²

Muito embora não haja clareza, precisão, harmonia e exaustão na regra que trata no direito brasileiro da recepção e integração dos tratados internacionais, Dallari sintetiza suas características: (i) a vinculação do Estado brasileiro a um tratado internacional dá-se mediante a sua ratificação ou adesão, a qual resulta de ato do Presidente da República, que deve, por sua vez, ser precedido, em regra, pela aprovação, pelo Congresso Nacional, do texto convencionado; (ii) o tratado passa a produzir efeitos internamente na data para sua entrada em vigência prevista no decreto de promulgação do Presidente da República e após a publicação desse mesmo decreto; (iii) estando em vigor no território nacional, o tratado resta automaticamente incorporado ao direito brasileiro, sem a necessidade de edição de lei interna que lhe reproduza o teor; (iv) conforme a jurisprudência dominante, o tratado, no plano da hierarquia normativa, equivale à lei interna, aplicando-se os critérios cronológico e da especialidade, bem como não há distinção hierárquica entre diferentes tipos de tratados; (v) o tratado pode ser denunciado pelo Presidente da República, não sendo necessária a autorização prévia do Congresso Nacional; (vi) não há, no direito interno, dispositivo que trate da recepção das decisões emanadas das organizações internacionais.⁴³

⁴² Id. p.46.

3.1. POSIÇÕES DO STF E DA DOCTRINA BRASILEIRA A RESPEITO DO TEMA

Posto isso, passemos à análise tanto do cerne do tema da recepção de tratados, qual seja a determinação da sua respectiva posição hierárquica, quanto de alguns julgados do STF⁴⁴ e do enquadramento do sistema brasileiro.

A esse respeito, Luís Roberto Barroso leciona:

No Brasil não existe disposição constitucional a respeito do tema, o que tem suscitado críticas diversas. Não obstante, no que diz respeito ao conflito entre tratado internacional e norma interna infraconstitucional, a doutrina, como assinalamos pouco atrás, é amplamente majoritária no sentido do monismo jurídico, com primazia para o direito interno, de forma a alterar a lei anterior, mas não pode ser alterado por lei superveniente. Esse entendimento é positivado no art.98 do Código Tributário Nacional.

Curiosamente, os autores, à unanimidade, vislumbravam essa mesma orientação na jurisprudência constante e reiterada do Supremo Tribunal Federal. Por tal razão, causou imensa reação a decisão proferida pela Corte no Recurso Extraordinário n.80004, que teria quebrado longa tradição ao decidir: "Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-Lei 427/69 que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título."⁴⁵

Para tratar desse tema, PAGLIARINI⁴⁶ lança, inicialmente, a seguinte tese: *"se uma Constituição nada dispuser a respeito e somar-se a isso o fato de o Estado ser parte celebrante da Convenção de Havana sobre Tratados e da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, então pode prevalecer a aplicabilidade da norma pactícia internacional prévia, desde que não afronte a nova Carta"*. Em

⁴³ DALLARI, Pedro B. op.cit. p. 86-7.

⁴⁴ "A controvérsia em torno do tema da recepção dos tratados – e, mais particularmente, da materialização e dos efeitos da integração da norma convencional internacional no direito interno – passou a ganhar corpo na jurisprudência, em razão de deliberações acerca de questões concretas, principalmente a partir da década de 1970, gerando-se, em conseqüência, o fomento da reflexão e do debate doutrinários. (...) A discussão jurisprudencial e doutrinária consistia, basicamente, em dois aspectos: (i) nas décadas de 1970 e 1980, discutiu-se, intensamente, em matéria relacionada a títulos de crédito, a superioridade reconhecida judicialmente para decreto-lei em face de norma anteriormente estipulada em tratado; (ii) após o advento da Constituição de 1988, a polêmica em torno da recepção e integração no direito brasileiro de tratados internacionais de direitos humanos. Embora fossem também pauta de discussão a verificação dos efeitos concretos do Acordo Geral de Tarifas e Comércio – GATT, bem como os acordos binacionais de extradição." (Id., p. 53)

⁴⁵ BARROSO, op.cit. p.18

seguida, ressalta que *“no Brasil, não há nem nunca houve qualquer dispositivo constitucional – direto e expresso – generalizando acerca de hierarquia entre norma pactícia internacional e norma constitucional, nem sobre conflito entre lei interna e tratado internacional”*.

Todavia, destaca que isso não é suficiente para que se conclua que as normas contidas no tratado internacional sobrepõem-se à Lei Magna, mormente porque os tratados estão submetidos ao controle de sua constitucionalidade (art.102, III, “b”, da CF). Deveras, acrescenta o referido autor:

Se o tratado, assim como a lei, está submetido ao controle de constitucionalidade pelo Pretório Excelso, então só se pode inferir que o mesmo ocupa posição inferior à Carta Magna, a não ser nos casos excepcionados pela própria Carta. (...) se é verdade que os tratados podem ser declarados inconstitucionais; e se é também verdadeiro que eles ocupam a mesma hierarquia das leis, pois ambos podem ser declarados contrários à Carta; então os tratados, como as leis ordinárias, devem respeitar a Constituição, sejam eles anteriores ou posteriores ao Texto Magno⁴⁷.

Por fim, conclui Pagliarini que, no Brasil, o tratado é inferior hierarquicamente à Carta Magna, seja ela posterior ou anterior ao texto convencional, devendo, entretanto, o Estado brasileiro ser responsabilizado no plano externo, no caso de optar pela aplicação da Carta em detrimento do tratado e isso corresponder a um ilícito ou contribuir para a produção de uma ilegalidade internacional, o que acarretará ao país o dever de indenizar.

Nada obstante, há corrente doutrinária que vê em dois fatores preponderância implícita do tratado sobre a lei brasileira, quais sejam: (i) do tratado, toma conhecimento o Congresso no ato de sua aprovação; (ii) o pacto é ato internacional que obriga o Estado perante co-pactuantes e, sabendo o Congresso que o tratado se encontra em vigor, então não pode editar lei posterior que o contrarie, pois o fato de haver o envolvimento de co-pactuantes *limita* o poder de criar norma interna contrária ao texto convencional.

PAGLARINI critica essa corrente doutrinária, afirmando que:

⁴⁶ PAGLIARINI. op.cit. p.157-161.

⁴⁷ Id.

Não encontra guarida na Constituição tal posição pelo simples fato da Carta de 1988 – como a anterior – não haver minimamente sugerido que o Poder Legislativo não pode legislar sobre os assuntos previamente dispostos em tratados, e esta verdade se confirma pelo fato de, apesar de ser regra geral a de que o tratado é equivalente em hierarquia à lei, há norma pactícias especiais e isoladas que se sobrepõe às legais domésticas – como por exemplo, os já referidos “tratados tributários” (art.98, do CTN). Insista-se: a regra geral brasileira é a de que tratado e lei nacional são equivalentes em hierarquia, estando ambos abaixo da Carta; e quando o legislador quis excepcionar, fê-lo expressamente em dispositivos específicos.⁴⁸

Pois bem, nesse tema, o acórdão mais conhecido do STF é aquele que apreciou o Recurso Extraordinário n. 80004, cujo julgamento teve início em 3 de setembro de 1975, com o voto do Ministro Xavier de Albuquerque, e se estendeu até a sessão de 1º de junho de 1977, quando votou o Ministro Eloy da Rocha.

Deveras, o STF, em 1977, no REX 80004, no qual se apreciou o conflito entre disposições da Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias – Tratado celebrado em Genebra – e o Decreto-Lei 427/69, firmou o entendimento de que o tratado firmado pelo Brasil tem aplicação imediata e direta no direito interno, após a sua ratificação regular pelo Congresso, não sendo necessária a existência de lei que lhe reproduza o conteúdo, bem como reconheceu que o tratado teria equivalência à lei, de modo a revogar lei anterior e ser revogado por lei posterior.⁴⁹

Nesse polêmico julgado o Ministro Xavier de Albuquerque, discordando de todos os demais, perfilhou o monismo internacionalista, sustentando que, não sendo denunciado tratado ao qual o Brasil estivesse vinculado, seriam manifestamente inconstitucionais as leis que lhe contrariassem, eis que haveria primazia do Direito Internacional Público.⁵⁰

⁴⁸ PAGLIARINI, op. cit. p.163-4. Em outro trecho, ressalta esse autor: “É de se louvar que a doutrina internacionalista propugne pela primazia da norma internacional sobre a nacional: e, realmente, se fosse assim concretamente um mundo de direito internacional compactado uniformemente, seria ótimo, também para o nosso sentir, mas assim não é, porque ainda não se superou o fato de Estados existirem e serem regrados por suas Cartas, e porque assim não quis a Constituição brasileira.” (p.164)

⁴⁹ MAGALHÃES, José Carlos de. “O Supremo Tribunal Federal e as relações entre direito interno e internacional. Boletim Brasileiro de Direito Internacional, n.61/66, 1975/1979. p.53

⁵⁰ FRAGA, op.cit. p.77.

Para Dallari, essa decisão do STF demonstrou a fragilidade da regra brasileira de incorporação de tratados à ordem jurídica nacional, na medida em que admitiu que as regras de tratados poderiam ser afastadas pela mera edição de ato normativo interno.

O que fica dessa decisão, contudo, é a impressão de recuo do Supremo à aceitação da prevalência do direito internacional, tal como esposada por Xavier de Albuquerque, que, significativamente, foi o único que invocou precedentes da Corte naquele sentido, anotados por Haroldo Valladão. (...) Afastando-se da orientação anterior, não atentaram aqueles Ministros para a problemática da responsabilidade do Estado na ordem internacional. E não apenas do Estado como entidade abstrata, mas como pessoa jurídica que atua por indivíduos que o representam perante a comunidade das nações. As decisões judiciais são também atos do Estado que se refletem na ordem internacional e podem acarretar a responsabilidade de que as proferiu, perante a comunidade internacional.⁵¹

Celso D. de Albuquerque Mello, analisando essa decisão, ressalta que a maioria de seus votos é fundamentada em opiniões de autores antigos e dualistas, como Triepel, e que, diante da omissão da Constituição, cresce a importância do papel da Jurisprudência, a qual não pode ignorar a tendência atual do direito nesta seara, adotando uma concepção de soberania que desapareceu em 1919. Saliência com indignação o ilustre autor:

A decisão é das mais funestas, vez que o STF não viu a consequência do seu acórdão, que poderá influenciar os juizes nos mais diferentes locais do Brasil. Por outro lado, faltou a ele sensibilidade para o momento atual em que o Brasil intensifica as relações internacionais. Qual o valor de um tratado se um dos contratantes por meio de lei interna pode deixá-lo? Se o STF considera que as convenções do direito uniforme estão ultrapassadas cabe ao Executivo denunciá-las no procedimento fixado por elas mesmas, mas não ao STF.⁵²

Prossegue o autor, condenado o referido excerto do STF: *"houve no Brasil um grande retrocesso no RE n. 80004, decidido em 1978, em que o STF decidiu que uma lei revoga tratado anterior. Esta decisão viola também a Convenção de*

⁵¹ DALLARI, op.cit. p.55-6

⁵² MELLO, Celso D.A.. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro:

Renovar, 1994, p.344.

*Viena sobre direito dos tratados (1969) que não admite o término do tratado por mudança de direito superveniente.*⁵³

De outra parte, Jacob Dolinger assevera que o julgado do REX 80004 não importa em mudança de entendimento quanto ao conflito entre o direito interno e o direito internacional:

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.⁵⁴

A propósito da posição de Dolinger, comenta Luís Roberto Barroso:

A verdade é que, em exame detido da jurisprudência, Jacob Dolinger constatou que a leitura que a maioria dos autores fazia das decisões do Supremo Tribunal Federal era antes reflexo de sua própria crença no primado do direito internacional do que expressão da realidade dos julgados. Ao contrário do sugerido, a orientação da mais alta corte é a do monismo moderado, em que o tratado se incorpora ao direito interno no mesmo nível hierárquico da lei ordinária, sujeitando-se ao princípio consolidado, em caso de conflito, não se colocando a questão em termos de regra geral e regra particular, prevalece a norma posterior sobre a anterior.⁵⁵

A mesma linha de entendimento do REX 80004 foi mantida nas decisões posteriores do Excelso Pretório, consoante fundamentação do Ministro e internacionalista José 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.*

⁵³ Id.

⁵⁴ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**: parte geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p.102

⁵⁵ BARROSO, op.cit. p.19.

Tal seria um fato resultante da culpa dos poderes políticos, a que o Judiciário não teria como dar remédio.⁵⁶

Segundo Pagliarini, para que houvesse superioridade do tratado em relação à lei infraconstitucional, dever-se-iam efetivar uma das seguintes hipóteses:

(i) se a Carta de 1988 assim houvesse disposto expressa e diretamente; ou (ii) se a Constituição nada dispusesse a respeito e não houvesse submetido o tratado, ao lado da lei ordinária, ao controle da constitucionalidade. No caso da segunda hipótese (ii), somar-se-ia a ela o fato concreto do Brasil ser parte celebrante da Convenção de Havana sobre Tratados e da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados; então prevaleceria a norma pactícia internacional sobre a lei ordinária pátria, levando-se em conta ainda a posição já comentada na Corte Permanente de Justiça Internacional e da Corte Permanente de Arbitragem de Haia, onde se deliberou que as disposições constitucionais de um Estado não poderiam ser opostas aos direitos internacionais de estrangeiros. (...) De qualquer maneira, a realidade monista moderada que se apresenta no sistema brasileiro, incluindo aí os julgados do STF, não pode afastar a realidade de que, descumprindo o tratado pelo Brasil, por qualquer razão, os prejuízos advindos da inobservância do acordo serem imputados à sua conduta, que deverá ser responsabilizada na mesma medida em que se produzirem as conseqüências do descumprimento do pacto no plano internacional.⁵⁷

Para BARROSO⁵⁸, no entanto, há expressas exceções em relação *“a essa equiparação entre tratado e lei ordinária para efeito de resolução de conflitos. A primeira dá-se em matéria relativa à tributação, onde o art.98 do Código Tributário Nacional (Lei n.5172, de 25-10-1966), (...), é expresso quanto à prevalência da norma internacional. A segunda exceção refere-se aos casos de extradição, onde se considera que a lei interna (Lei 6815, de 19-8-1980), que é geral, cede vez ao tratado, que é regra especial.”*

Muito embora o entendimento do STF tenha se mantido conforme o julgado do REX 80004⁵⁹, o entendimento jurisprudencial predominante de

⁵⁶ RTJ, 115:969

⁵⁷ PAGLIARINI. op.cit. p.166-7

⁵⁸ BARROSO. Op.cit. p.19.

⁵⁹ Na Extradicação n.662, de 1996, o STF reiterou o reconhecimento da paridade normativa entre leis ordinárias brasileiras e tratados internacionais. *“A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno brasileiro somente ocorrerá (...), não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (lex posterior derogat priori) ou, quando cabível, do critério da especialidade.”* (RTJ, 164/421, maio 1998)

que o tratado equivale à lei ordinária, aplicando-se os critérios da especialidade e cronológico, vem sofrendo vários questionamentos.

Paulo Borba Casella sintetiza a discordância a tal entendimento e ressalta o fato de inexistir uma regra clara no direito brasileiro atinente ao equacionamento da questão da recepção dos tratados:

A validade, interpretação e aplicação dos tratados é matéria em que, igualmente, se ressentem o ordenamento jurídico brasileiro da falta de visão institucional, de parâmetros que orientem tanto a atuação dos legisladores internos quanto dos tribunais, porquanto é impensável admitir, como arbitrariamente se pratica entre nós, que a lei interna posterior aleatoriamente revogue ou altere normas decorrentes de tratado internacional.⁶⁰

Nesse sentido, também defende Mirtô Fraga que:

O tratado, regularmente concluído – inclusive com a aprovação do Congresso – não obriga, apenas, o Executivo; vincula todo o Estado, todos os seus Poderes, devendo cada um cumprir sua parte : o legislativo, aprovando as leis necessárias e abstendo-se de votar as que lhes sejam contrárias; o Executivo, regulamentando-as e tudo fazendo para sua fiel execução; o Judiciário, aplicando o tratado e as normas que o regulamentam, dando a um e outras eficácia, inclusive contra regra interna que lhes seja contrária.⁶¹

A equivalência entre tratado e lei e, por conseguinte, a defesa da prevalência da norma mais recente (critério cronológico) ensejam questionamentos concretos, a uma porque é completamente inadequada a utilização do termo revogar, uma vez que uma lei não revoga um tratado, o qual, por definição, tem natureza contratual e não prescinde do concurso de partes que não se subordinam à vontade soberana de um Estado, a duas porque jamais pode ser admitida a equivalência hierárquica, no sistema jurídico brasileiro, da norma convencional e das leis infraconstitucionais. Tentando resolver essa controvérsia, o STF adota o funesto argumento de que a lei posterior ao tratado que lhe seja contrária afasta a efetividade da regra convencional internacional.

⁶⁰ CASELLA, Paulo Borba. **A integração econômica e seu tratado constitucional**. In: *Mercosul: desafios a vencer*. São Paulo: CBRI, 1994, p.95

⁶¹ - FRAGA, Mirtô. **O Conflito entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno** : Estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro : Forense, 1998, p. 84.

3.1.1. OPINIÕES SOBRE A CLÁUSULA DE RECEPÇÃO PLENA INSCULPIDA NO ART. 5º, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal dispõe, em seu art. 5º, § 2º, que os direitos e garantias nela consagrados não excluem outros decorrentes do regime e princípios em seu texto adotados, nem aqueles oriundos de tratados internacionais de que o Brasil faça parte. Os direitos e garantias fundamentais previstos em tratados passariam, em face dessa norma, a integrar o elenco dos direitos constitucionais, com a hierarquia respectiva.

Tal conteúdo normativo constitucional conferiu maior complexidade ao debate em torno da integração dos tratados internacionais no direito brasileiro, uma vez que se passou a discutir a extensão da expressão “direitos e garantias previstos em tratados internacionais”, que, consoante a regra constitucional, teriam status jurídico de norma constitucional.

Interpretando essa regra, Flávia Piovesan defende que os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apresentam natureza de norma constitucional, sendo-lhes, portanto, aplicável o regime constitucional atribuídos aos demais direitos e garantias fundamentais:

A teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, atribuindo-lhes natureza de norma constitucional. Este tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, parágrafo 2º, da carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados.⁶²

⁶² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 94. No mesmo sentido, assevera Pedro Dallari: “se a Constituição de 1988, através da regra do §2º do art.5º, faz ressaltar os tratados internacionais que cuidam dos Direitos Humanos, destacando-os dos demais, não seria para conferir àqueles tratamento

Alberto Xavier, além de defender a prevalência das normas convencionais, sobre direitos e garantias fundamentais, em face das leis internas, estende a aplicabilidade do § 2º, do art. 5º, da CF, à seara tributária:

(...) o § 2º do art. 5º tem ainda um alcance mais amplo em matéria de direitos e garantias, pois ao estabelecer-se que 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, revela claramente que as normas constantes dos tratados internacionais prevalecem sobre as normas internas nas matérias em causa.

Na verdade, se o Estado Brasileiro, assegura a nível constitucional, a vigência de direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais, isso significa que ele próprio tem o dever de conformar sua ordem interna com o direito convencional.

Ora, a matéria tributária situa-se precisamente no cerne dos direitos e garantias constitucionais, pois não só a própria Constituição assim o considera (art. 150, caput, da Constituição Federal), como atinge de pleno direitos e garantias, como a propriedade privada, a liberdade do comércio e a proibição do confisco.⁶³

Em obra mais recente, manifestando posição híbrida em relação à recepção dos tratados pela ordem interna, o supra citado autor defende que todos os tratados de que o Brasil seja parte, não apenas os que versem sobre direitos humanos ou direito tributário, devem ser, por força não só do §2º, do art. 5º, mas também dos

idêntico ao que estes já recebem no âmbito do sistema jurídico brasileiro. Parece lógico, portanto, nos marcos de uma hermenêutica clássica, o entendimento de que, se a Constituição distinguiu os tratados de Direitos Humanos, o fez para assegurar-lhes uma condição mais relevante no quadro da hierarquia das normas jurídicas vigentes no Brasil do que aquela reconhecida para o restante das normas convencionais internacionais, sendo plenamente defensável, portanto, a tese da equiparação constitucional dos primeiros.(...) O Direito Internacional dos Direitos Humanos não pode ser enfocado como mera especialidade do Direito Internacional Público, pois sua base de legitimação supera em muito a natureza marcadamente contratual que, como regra geral, caracteriza o Direito das Gentes." (DALLARI, op. cit., p.61). Segundo Betina Grupenmacher, "tal norma admite a incorporação automática dos tratados ao ordenamento interno, independentemente de intervenção do Poder Legislativo, quando versarem matéria atinente aos direitos e garantias individuais." (GRUPENMACHER, op. cit., p. 80.)

⁶³ XAVIER, Alberto. *Direito Internacional Tributário do Brasil*. 5 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998. P. 136

arts. 84, VIII, 49, I e 109, III, da Constituição Federal, recepcionados automaticamente pelo ordenamento interno.⁶⁴

Betina Grupenmacher critica o posicionamento acima, afirmando que:

Não parece ser este, no entanto, o melhor entendimento. Não se pode estender aos tratados em geral, o beneplácito da cláusula geral de recepção plena, que o constituinte houve por bem conceder aos tratados que dispõem sobre direitos e garantias individuais, com exclusividade.

Ao adotar o entendimento de que a disposição do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal estende-se a todo e qualquer tratado, ou pelo menos aos tratados que versam matéria tributária, (...) estar-se-á desvirtuando de maneira inadmissível o preceito constitucional em comento.

O benefício do art. 5º, §2º, é aplicável a tratados que não disponham de maneira específica sobre direitos humanos, não se admitindo, na hipótese, interpretação extensiva do citado dispositivo constitucional. Entendimento em sentido contrário, envolveria uma falsa tutela dos interesses individuais.⁶⁵

Não bastasse isso, ainda que se conclua que a regra preconizada no art. 5º, § 2º está restrita aos direitos humanos e não a todo e qualquer direito, há mais uma imbricação em relação à interpretação do dispositivo constitucional em comento, a qual pode ser ilustrada através da seguinte indagação: a norma do § 2º, do art. 5º, ao falar em direitos e garantias oriundos de tratados, está atribuindo status constitucional a todos os direitos fundamentais consagrados em tratados de que o Brasil faça parte, ou somente àquela categoria consagrada no art. 5º da Magna Carta, qual seja, a relativa restritamente aos direitos e garantias individuais?

Se nos ativermos ao simples fato de a regra em foco estar presente em um dos parágrafos do art. 5º, e a interpretarmos isoladamente, chegaremos à precipitada conclusão de que ela se destinaria tão somente aos direitos e garantias individuais, ficando excluídos desse rol, por exemplo, os direitos sociais. Todavia, adotando-se tal entendimento, implicaria não conferir natureza jurídica constitucional às normas de direitos sociais, como as trabalhistas, por exemplo,

⁶⁴ XAVIER, Alberto. **Direito Internacional Tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p.99., apud Grupenmacher, op. cit. p. 82.

⁶⁵ GRUPENMACHER, op. cit., p. 83-4.

obviamente mais benéficas, em virtude do *"princípio da vedação do retrocesso no social"*⁶⁶.

Parece mais correta, pois, a interpretação que estende a regra a todo e qualquer direito fundamental, não só os do art. 5º, até por conta da própria redação do referido artigo, que, além de não especificar quais "direitos e garantias", fala em *"outros (direitos e garantias) decorrentes do regime e dos princípios por ela (Constituição) adotados (...)"*, no que estariam incluídos todos os direitos fundamentais, não apenas os individuais.

Manifestando-se sobre o tema do §2º, do art. 5º, afirma Dallari que, malgrado o dispositivo constitucional represente grande avanço na promoção dos Direitos Humanos, ele peca ao apenas fazer referência aos tratados internacionais que preceituam direitos e garantias sem definir precisamente a respectiva posição no quadro das normas jurídicas nacionais, de modo que não disciplinaria abrangente e diretamente a questão. *"O efeito dessa norma constitucional foi gerar ainda maior controvérsia sobre a integração dos tratados na ordem interna, ampliando-se, na doutrina e na jurisprudência (...) o leque de possibilidades advogadas para a disciplina da matéria."*⁶⁷

Esse comentário não visa a condenar a garantia conferida aos direitos humanos, mas, pelo contrário, almeja reforçar o quão lamentável e prejudicial é a ausência de dispositivos expressos e abrangentes sobre o tema da recepção e incorporação dos tratados internacionais ao direito brasileiro. Essa conclusão pode ser confirmada no magistério de Pedro Dallari nos seguintes excertos:

A quase ausência de preceitos escritos sobre o tema da recepção e integração dos tratados internacionais no direito interno é uma marca característica da ordem jurídica brasileira, que, curiosamente, tem a paradoxal propensão à positivação exarcebada. As poucas e esparsas normas formais relacionadas ao tema não permitem que a regra brasileira de regência da

⁶⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 327. *"O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas ('lei de segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial"*.

⁶⁷ DALLARI, op.cit. p.48

matéria detenha os atributos de clareza, precisão, harmonia e exaustão, essenciais à configuração de um verdadeiro sistema, mesmo porque nem sequer são convergentes. O próprio entendimento jurisprudencial reveste-se de contradições e ambigüidades, e a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, de simples equiparação dos tratados às leis federais, não obteve o pleno acatamento da doutrina e é freqüentemente contestada ou, de maneira mais sutil, contornada por decisões judiciais em variadas instâncias inferiores.⁶⁸

a despeito de volumosa produção doutrinária, não foi possível construir, nos anos recentes, um quadro analítico capaz de propiciar uma – ou mesmo mais de uma – formulação que dê conta de disciplinar a recepção e integração dos tratados ao direito brasileiro e dê respostas às múltiplas questões a ele adstritas. Da assistemática do direito positivo deriva claramente a dificuldade de se resolver, pela via da hermenêutica, matéria por demais complexa, o que reforça uma premissa básica deste estudo, que é a imprescindibilidade de um regramento constitucional expressamente voltado ao balizamento da incorporação das normas de Direito Internacional Público na ordem jurídica nacional.⁶⁹

Nada obstante essas opiniões divergentes, lamentavelmente, em regra geral, suprimindo a omissão constitucional, a jurisprudência dominante e uma parte da doutrina têm feito prevalecer o entendimento de que os tratados internacionais, no Brasil, possuem o mesmo grau hierárquico das leis internas infraconstitucionais, não podendo contrariar a Constituição e estando submetidos, a qualquer tempo, a uma derrogação por advento de norma infraconstitucional a eles contrária.

3.2 FRAGILIDADE DA REGRA BRASILEIRA DE RECEPÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS E INTEGRAÇÃO ECONÔMICA

Os problemas ensejados pela ausência de normatização relativa à integração dos tratados internacionais no direito brasileiro são gradativamente mais graves em virtude do cenário hodierno de propensão acentuada à integração entre os Estados.

Cumprе destacar que *“o Direito Internacional Público não se encorpa necessariamente às custas do enfraquecimento do poder normativo do Estado,*

⁶⁸ Id. p. 45-6.

⁶⁹ Id. p.67.

*mas sim à medida em que este, no exercício da soberania que lhe é inerente, assume compromissos e adquire responsabilidade na ordem internacional.*⁷⁰

Neste aspecto, José Eduardo Faria: defende que o papel do Estado é ainda importante e indispensável, mesmo porque o multilateralismo e a regionalização são possibilidades de processos de integração internacional promovidos com forte predominância das instituições do Estado.⁷¹

Utilizando-se o instrumento interpretativo proveniente do princípio da unidade da constituição - segundo o qual o direito constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre suas normas e, sobretudo, entre seus princípios -, é possível ressaltar que a Constituição, ao enquadrar tanto a soberania (art.1º, I, da CF) quanto a busca pela integração econômica latino-americana (art.4º, parágrafo único, da CF)⁷² como princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, tratou de evitar qualquer possibilidade de antinomia entre os Princípios da Soberania e de Integração Latino-americana, incumbindo o intérprete a determinação de entendimento que harmonize e garanta eficácia a ambas as normas fundamentais.

Descartada a possibilidade de antinomia entre o tratado internacional/integração e a soberania, em face dos dispositivos constitucionais acima descritos, a interpretação da doutrina e da jurisprudência não pode ser tal que coloque em risco iminente a sobrevivência do tratado, como infelizmente tem ocorrido, dificultando ao invés de facilitando a constitucional intergração internacional do nosso país

Assim, o Estado Brasileiro tem vivenciado um verdadeiro paradoxo, já que, ao mesmo tempo em que intensifica seus vínculos com a estrutura normativa do Direito Internacional Público, não assume claramente o compromisso com

⁷⁰ DALLARI, op.cit. p.4.

⁷¹ FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. Tese apresentada ao concurso para professor-titular do Departamento de Filosofia e teoria geral do direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. São Paulo, 1996, p.329-331

⁷² Segundo Betina Grupenm.3acher, "(...)o parágrafo único do art. 4º da Constituição Federal preceitua que o Brasil buscará a integração econômica com os demais países da América Latina. Diante de dispositivo com tal teor, parece certo que o constituinte pretendeu não apenas incentivar, mas, mais do que isso,

a plena incorporação das regras desse sistema supranacional ao ordenamento jurídico interno.⁷³

Todavia, se o que se quer é o desenvolvimento econômico da nação, através da participação efetiva e sólida do Brasil no mercado internacional, incorporando a Blocos Econômicos e realizando acordos comerciais internacionais, urge a reforma desse entendimento, por meio da proposição de projeto de emenda a fim de sanar a omissão constitucional e definir a prevalência da norma tratadista sobre as normas infraconstitucionais.

conduzir em definitivo, o Brasil, para uma real integração com os demais países da América Latina.”(GRUPENMACHER, op. cit., p. 78).

⁷³ DALLARI. op.cit.p.80.

CAPÍTULO IV

UMA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO

Tendo em vista a fragilidade da regra brasileira de recepção e integração dos tratados internacionais no direito interno do País, passar-se-á a descrever uma proposta de Emenda Constituição, sugerida pelo autor Pedro Dallari, com a qual se concorda, para solucionar a da Carta hodierna no tocante à disciplina da recepção dos tratados internacionais no direito brasileiro.

Deveras, o ilustre autor entende ser perfeitamente cabível promover uma proposta de sistema de regras jurídicas para disciplinar de forma clara e abrangente o tema. Para tanto, ele atenta, inicialmente, a dois aspectos, quais sejam: de um lado a qualidade do compromisso formal perante a comunidade internacional consubstanciada na norma convencional e, de outro, a necessidade imperiosa de respeitar os parâmetros sistêmicos do ordenamento jurídico do Estado.⁷⁴

Essa necessidade de assegurar a real observância, no direito interno, das regras oriundas de tratados internacionais não deriva de eventual e autoconferida supremacia do Direito Internacional Público, bem pelo contrário é resultante lógica do pressuposto da efetividade das decisões adotadas soberanamente - e nos termos da correspondente ordem jurídica – pelo Estado e por suas instituições.

O sistema sugerido por Dallari inspira-se nos tratamentos conferidos ao assunto seja pelas Constituições ibéricas da década de 1970, produzidas no bojo do processo de redemocratização e que propiciaram não só o êxito desse processo, mas também viabilizaram a integração daqueles Estados à comunidade europeia; seja pelas reformas produzidas nas Constituições europeias, na década de 90, para compatibilizá-las às diretivas presentes no Tratado sobre a União Europeia (*Tratado de Maastricht*), que intensificou e muito a integração europeia; seja as alterações promovidas na Constituição Argentina em 1994 para ajustar suas instituições ao advento do Mercosul.

⁷⁴ DALLARI, op. cit. p.123-4.

Pois bem, Dallari fixa pressupostos de ordem material e procedimental à sua proposta para sanar a fragilidade.

Quanto ao aspecto procedimental, na medida em que essa questão deve ser tratada pelo direito interno do Estado e, por força de sua relevância, por normas de *status* constitucional, o procedimento adequado ao estabelecimento de um novo sistema integrador dos tratados é a **emenda constitucional**, até porque se fará necessária a alteração dos quóruns do processo legislativo, bem como a modificação das atribuições do Presidente da República.⁷⁵

A par desse requisito de ordem procedimental, há que se estabelecer dois pressupostos substanciais:

(i) o reconhecimento da **integração internacional dos Estados, inclusive sob o aspecto da consolidação de um conjunto expressivo de normas de Direito Internacional Público, como um processo irreversível e de intensidade crescente**; e (ii) **"a necessidade de que esse processo de integração internacional desenvolva-se com fundamento na vontade soberana do povo de cada Estado, manifestada por via de mecanismos democráticos institucionalmente consagrados, a fim de que possa redundar na efetiva promoção dos Direitos Humanos e na elevação da qualidade de vida da população do planeta.**⁷⁶

Por conta desses dois pressupostos, **integração internacional e soberania popular, segundo o supra citado autor, faz-se necessário, no direito brasileiro: a) que se confira ao tratado, ao contrário do que ocorre atualmente, maior relevância no âmbito das normas vigentes no território nacional e plena efetividade de suas disposições; b) que a vinculação do Estado ao tratado ocorra num maior grau de adesão social, haja vista que hoje fica restringido à deliberação parlamentar (democracia representativa).**⁷⁷

Sendo assim, segundo o autor, é possível moldar a proposta de emenda com as seguintes características: (i) **previsão expressa da incorporação do tratado internacional ao direito interno; (ii) reconhecimento de *status* hierárquico superior ao tratado em relação às leis complementares e ordinárias; (iii) possibilidade**

⁷⁵ Id. p.125

⁷⁶ Id. p.126.

⁷⁷ Id.

de apreciação da constitucionalidade de tratado pelo STF previamente à deliberação do Congresso Nacional; (iv) previsão da exigência de promulgação de emenda constitucional aprovada pelo Congresso Nacional previamente à aprovação legislativa de tratado nos casos em que essa condição seja assinalada pelo STF; (v) fixação de quórum qualificado de três quintos à aprovação de tratado pelo Congresso Nacional; (vi) exigência de aprovação prévia do Congresso para efetivação de denúncia a tratado; (vii) reconhecimento da vigência no Brasil das normas emanadas de organizações internacionais de que o País faça parte, desde que expressamente previsto nos respectivos tratados constitutivos.⁷⁸

Como se vê, na proposta de Dallari, fixa-se a superioridade das normas convencionais diante das leis ordinárias e complementares, ao passo que, para as decisões de organizações internacionais, mesmo aquelas de caráter comunitário ou de integração, a questão deve ficar remeida aos respetivos tratados constitutivos, porque, diferentemente, do que se dá com estes tratados, cuja literalidade das disposições normativas é examinada pelo legislador brasileiro previamente ao ato de ratificação ou adesão, tal não ocorre com as decisões de organizações internacionais.

Assim, a integração das decisões emanadas das organizações internacionais de qualquer natureza dependerá das condições que estiverem assinaladas à recepção no texto do tratado constitutivo do ente supranacional, tratado esse que obrigatoriamente deverá ser submetido à aprovação do Congresso, o qual poderá fazer, se desejar, uso do instrumento da reserva.

A previsão da atribuição do Congresso de aprovar previamente a denúncia de tratado internacional visa a estabelecer compatibilidade entre a norma que confere a competência ao Congresso em matéria de vinculação a tratados e aquela que trata das atribuições do Presidente. Até porque seria contraditório conferir maior efetividade aos tratados se a possibilidade de cessação de seus efeitos - denúncia - ficasse adstrita ao simples talante do Chefe do Poder Executivo Federal.⁷⁹

⁷⁸ DALLARI, op.cit. p.126-7.

⁷⁹ Id. p.139.

Já prevendo possível crítica à sua proposta, no que concerne à inexistência de consulta popular seja para celebração, seja para a denúncia de tratado internacional, Pedro Dallari ressalta que não se trata de

repúdio a mecanismos que, indiscutivelmente, constituem expedientes relevantes – infelizmente pouco adotados no Brasil – para a melhor aferição da vontade coletiva. Ocorre, todavia, que a atual Constituição brasileira já contempla de maneira genérica tal possibilidade, quando preceitua, no art. 49, XV, competir exclusivamente ao Congresso Nacional ‘autorizar referendo e convocar plebiscito’. Portanto, nada impede que o Congresso Nacional, se julgar necessário, aprove decreto legislativo com tal finalidade. Não se trata, assim, de substituir os procedimentos e suprir as competências arroladas constitucionalmente para os Poderes Legislativo e Executivo da União, mas sim de adendar uma nova etapa, que, para o caso específico indicado pelo Congresso Nacional, seria essencial à constituição do vínculo obrigacional internacional. É certo que a tradição brasileira não faz prever a disseminação dessa prática. Porém, o avanço na formalização da participação do País em sistemas de integração regional – com o incremento do Mercosul e a perspectiva de constituição da Área de Livre Comércio das Américas (ALCA) – pode perfeitamente ensejar a oportunidade da utilização do mecanismo de consulta popular para a validação - ou não – dessas iniciativas institucionais de impacto extremamente significativo.⁸⁰

Sem dúvida a fixação de quórum qualificado à aprovação do decreto legislativo do ato de ratificação ou de adesão a tratado Internacional constitui o ponto central do sistema proposto por Dallari, na medida em que estreita os laços entre o patamar de relevância e o grau de respaldo social imprescindível à aprovação respectiva, bem como garante a pretensão de conferir às normas do tratado superioridade em relação às leis infraconstitucionais.⁸¹ Uma vez fixando-se, para aprovação dos tratados, procedimento intermediário entre as emendas e as leis infraconstitucionais, discussão não haverá sobre a sua posição hierárquica também intermediária em relação essas normas, como quer Dallari e como ora se defende..

Já o estabelecimento de um exame prévio da constitucionalidade do tratado pelo STF inspira-se no sistema francês e se insere no bojo do movimento que busca conferir a este Tribunal a natureza de corte constitucional, isto é, de guardião da ordem constitucional, sendo, portanto, adequado que tenha a responsabilidade direta pelo monitoramento da vinculação do Brasil à crescente estrutura normativa do Direito Internacional Público.

⁸⁰ DALLARI, op.cit. p.140.

Convém, no entanto, ressaltar que a urgência no encaminhamento de proposta de emenda dessa natureza justifica-se, desde logo, pela

percepção da inadequação dos mecanismos atuais que regulam a validade interna dos tratados em face do incremento do processo de inserção do Brasil na comunidade internacional, hoje inevitavelmente vinculada a uma pauta temática comum que arrola, entre outros desafios, a proteção universal dos Direitos Humanos, a efetividade da democracia, a adoção de políticas planetárias de promoção do equilíbrio ambiental e a pactuação de normas regulatórias do fluxo transnacional de bens, notadamente de capitais financeiros. O fim da ditadura militar e a redemocratização do País, em um momento inicial, e, já na década de 1990, a perspectiva de viabilização de políticas de desenvolvimento lastreadas no fomento da integração internacional comercial e financeira contribuíram para esmaecer a natureza marcadamente autárquica de ordem política, econômica e social – e de seus efeitos no universo do direito – até então reinante no território brasileiro⁸²

Nada obstante essa urgência em se conferir, via emenda constitucional, às normas de Direito Internacional Público, em especial ao tratado, posição hierárquica superior à das normas infraconstitucionais, de modo a garantir segurança jurídica à comunidade internacional, que com o Brasil pactua, entendemos, salvo na hipótese prevista no § 2º, art. 5º, da Constituição, de direitos fundamentais oriundos de tratados de que o Brasil faça parte, não ser juridicamente possível atribuir status jurídico de norma constitucional às disposições oriundas de tratados internacionais.

Para se chegar a tal conclusão, basta se analisar a questão sob o ângulo da competência constitucional. Deveras, no caso em apreço, o conteúdo normativo que investe de poderes o Presidente da República para, em nome do Brasil, assinar e ratificar tratados internacionais, bem como outorga competência ao Congresso Nacional para aprovar o texto convencional, antes da ratificação do Chefe do Executivo, é a Constituição Federal. Assim sendo, de maneira alguma se pode admitir que os tratados internacionais contrariem disposição constitucional, exceto quando a Carta Magna expressamente o autorizar, como no caso do § 2º, Art. 5º, pelo simples motivo de não ter o Presidente da República, e tampouco o Congresso Nacional, competência constitucional para tanto.

⁸¹ Id. p.141.

Por conta disso, para solucionar questão, outro não pode ser o entendimento, a constar de Projeto de Emenda à Consittuição, senão o apresentado por Pedro Dallari, qual seja, o de conferir ao tratado, em geral, status jurídico de “quasi constitucional law”, isto é, de conteúdo normativo que está acima das normas infraconstitucionais e abaixo da Constituição.

⁸² Id. p.152.

CONCLUSÃO

1. Desde a antiguidade, os Estados objetivam, por meio de tratados e pactos, estabelecer e manter a paz entre si. No entanto, somente em meados do século XIX, o fenômeno convencional foi acentuado e sofreu uma transformação considerável, por conta da crescente solidariedade entre os diversos elementos da sociedade internacional.

De outra parte, observa-se que, nas últimas décadas, o tratado assumiu ainda mais importância na comunidade internacional, haja vista o fenômeno da globalização internacional e do desenvolvimento de uma nova ordem internacional, manifestado após o término da Segunda Guerra Mundial e criação da Organização das Nações Unidas – ONU - e acentuado com o fim da Guerra Fria.

2. No rol das fontes de Direito Internacional Público, hoje é incontestável a supremacia do Tratado, em substituição ao predomínio da norma costumeira, que se verificava até meados do século XX, em que pese se tenha buscado, recentemente, uma revalorização, na comunidade internacional, do direito costumeiro.

Com a importância crescente do tratado no rol das fontes do Direito Internacional Público, o conflito eventual entre este e o direito interno passou a ser focado primordialmente sob a ótica da integração do ato convencional à ordem jurídica nacional

3. Há diferentes modelos constitucionais de sistemas de integração dos Tratados ao Direito Interno, os quais podem ser enquadrados em quatro espécies: (i) adoção global da regra do Direito Internacional pelo direito interno, sem, todavia, instituir a primazia de uma sobre a outra; (ii) adoção global com primazia do direito internacional; (iii) sistema de incorporação obrigatória, mas não automática; (iv) aqueles cuja Constituição, embora submeta o Estado ao direito internacional, não trata da integração deste no direito interno

A diferença existente entre esses modelos, mesmo com a adaptação aos tempos hodiernos, denota a dificuldade que efetivamente é imposta à plena observância dos tratados no âmbito do sistema jurídico de cada Estado, não obstante a crescente propensão à pactuação na esfera do Direito Internacional Público.

4. A relação e equacionamento entre Direito Internacional Público e o direito interno foram objeto de duas clássicas concepções: monista e dualista. Isto é, ou os dois ordenamentos jurídicos são independentes, distintos, separados e impenetráveis (dualismo) ou derivam um do outro, numa concepção unitária do direito (monismo).

Seja qual for a posição que se adote, monista ou dualista, no caso brasileiro importa definir qual é o ordenamento jurídico que prevalece em caso de conflito, o internacional ou o interno, haja vista que o sistema jurídico pátrio carece justamente de regras claras que disciplinem a integração entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno.

5. Não bastasse isso, o direito interno do Estado-parte não constitui pretexto, tampouco justificativa plausível, no âmbito do Direito Internacional Público, ao descumprimento de um tratado internacional, cuja aquiescência de tal Estado ao pacto tenha sido livremente externada como inequívoca manifestação de vontade. Logo, deve o Estado que não pretende cumprir determinada norma internacional recorrer à renúncia desse tratado, não lhe sendo possível, para tanto, esteiar-se no direito interno.

Via de regra, a revogação de um tratado, tal como ocorre com a lei, somente pode se dar através de um processo semelhante ao de sua criação, ou por uma forma nele prevista ou fixada pelo Direito Internacional Público, pelo que a violação a esse princípio não pode resultar em outra situação que não a responsabilização internacional do Estado infringente.

6. Em que pese não haja clareza, precisão, harmonia e exaustão na regra que trata no direito brasileiro da recepção e integração dos tratados internacionais, é possível sintetizar suas características: (i) a vinculação do Estado brasileiro a um tratado internacional dá-se mediante a sua ratificação ou adesão, a qual

resulta de ato do Presidente da República, que deve, por sua vez, ser precedido, em regra, pela aprovação, pelo Congresso Nacional, do texto convencional; (ii) o tratado passa a produzir efeitos internamente na data para sua entrada em vigência prevista no decreto de promulgação do Presidente da República e após a publicação desse mesmo decreto; (iii) estando em vigor no território nacional, o tratado incorporado resta automaticamente incorporado ao direito brasileiro, sem a necessidade de edição de lei interna que lhe reproduza o teor; (iv) conforme a jurisprudência dominante, o tratado, no plano da hierarquia normativa, equivale à lei interna, aplicando-se os critérios cronológico e da especialidade, bem como não há distinção hierárquica entre diferentes tipos de tratados; (v) o tratado pode ser denunciado pelo Presidente da República, não sendo necessária a autorização prévia do Congresso Nacional; (vi) não há, no direito interno, dispositivo que trate da recepção das decisões emanadas das organizações internacionais.

7. Em relação à recepção do tratado no direito brasileiro, a doutrina pátria se divide em dois posicionamentos. O primeiro defende que o tratado é inferior hierarquicamente à Carta Magna, seja ela posterior ou anterior ao texto convencional, tendo ainda posição hierárquica semelhante à das leis ordinárias, em que pese deva o Estado brasileiro ser responsabilizado no plano externo, no caso de optar pela aplicação da Carta, ou de leis infraconstitucionais posteriores, em detrimento do tratado.

O segundo posicionamento vê em dois fatores a preponderância implícita do tratado sobre a lei brasileira, quais sejam: (i) do tratado toma conhecimento o Congresso no ato de sua aprovação; (ii) o pacto é ato internacional que obriga o Estado perante co-pactuantes e, sabendo o Congresso que o tratado se encontra em vigor, não pode editar lei posterior que o contrarie, pois o fato de haver o envolvimento de co-pactuantes *limita* o poder de criar norma interna contrária ao texto convencional.

Não obstante essas opiniões divergentes, lamentavelmente, em regra geral, suprimindo a omissão constitucional, a jurisprudência dominante e uma parte da doutrina têm feito prevalecer o entendimento de que os tratados internacionais, no Brasil, possuem o mesmo grau hierárquico das leis internas infraconstitucionais, não

podendo contrariar a Constituição e estando submetidos, a qualquer tempo, a uma derrogação por advento de norma infraconstitucional a eles contrária.

8. Os problemas ensejados pela ausência de normatização relativa à integração dos tratados internacionais no direito brasileiro são gradativamente mais graves em virtude do cenário hodierno de propensão acentuada à integração entre os Estados.

Assim, o Estado Brasileiro tem vivenciado um verdadeiro paradoxo, já que, ao mesmo tempo em que intensifica seus vínculos com a estrutura normativa do Direito Internacional Público, não assume claramente o compromisso com a plena incorporação das regras desse sistema supranacional ao ordenamento jurídico interno.

Todavia, se o que se quer é o desenvolvimento econômico da nação, através da participação efetiva e sólida do Brasil no mercado internacional, incorporando a Blocos Econômicos e realizando acordos comerciais internacionais, urge a reforma desse entendimento, por meio da proposição de projeto de emenda a fim de sanar a omissão constitucional e definir a prevalência da norma tratadista sobre as normas infraconstitucionais.

9. Diante desse quadro, para solucionar questão, outro não pode ser o entendimento, a constar de Projeto de Emenda à Constituição, senão o apresentado por Pedro Dallari⁸³, qual seja, o de conferir ao tratado, em geral, status jurídico de "quasi constitucional law", isto é, de conteúdo normativo que está acima das normas infraconstitucionais e abaixo da Constituição.

⁸³ DALLARI. op.cit.p.123-152.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 12.ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 11. ed., 6ª tir., rev. por Geraldo Eutálio do Nascimento e Silva, São Paulo: Saraiva, 1986. p.5.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999

CASELLA, Paulo Borba. **A integração econômica e seu tratado constitucional**. In: **Mercosul: desafios a vencer**. São Paulo: CBRI, 1994.

CASSESE, Antonio. **Modern Constitutions and International Law**. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1985 III, Tomo 192, Dordrecht (Holanda):Martinus Nijhoff Publishers, 1986.

CORRÊA, Oscar Dias. **A Constituição de 1988: Contribuição crítica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

CRETELLA Jr. José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro:Forense Universitária, 1991.

DALLARI, Pedro B. A. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo, Editora Saraiva. 2003.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: parte geral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. Tese apresentada ao concurso para professor-titular do Departamento de Filosofia e teoria geral do direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. São Paulo, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentário à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2.

FRAGA, Mirtô. O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Tratados Internacionais em matéria tributária. São Paulo: Dialética, 1999.

KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et el droit international public. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, 1926, IV. Paris (França): Librairie Hachette, 1927.

MAGALHÃES, José Carlos de. "O Supremo Tribunal Federal e as relações entre direito interno e internacional. Boletim Brasileiro de Direito Internacional, n.61/66, 1975/1979.

MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. O poder de celebrar tratados – competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1995.

MELLO, Celso D.A.. Direito constitucional internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

MELLO, Celso D.A. Curso de Direito Internacional Público. 10. ed. ver. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Constituição e Direito Internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PINTO FERREIRA. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Saraiva, 1992. v.3.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 1996.

RANGEL. Vicente Marotta. Os conflitos entre direito interno e os tratados internacionais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo: Universidade de São Paulo/Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, ano 62, fasc.2, 1967.

REUTER, Paul. Introducción al derecho de los tratados. Ed. Revisada por Peter Haggemacher. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

REZEK, José Francisco. Direito dos tratados. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público: Curso elementar. São Paulo: Saraiva, 1989.

ROUSSEAU, Charles. Derecho internacional publico. Barcelona (Espanha): Ed. Ariel, 1996.

STRAUS, Flávio Augusto Saraiva. Soberania e Integração Latino-Americana – Uma perspectiva Constitucional do Mercosul. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TRINDADE, Antônio Cançado. O Direito Internacional em um mundo em transformação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

XAVIER, Alberto. Direito Internacional Tributário do Brasil. 5 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998.