

GLACY ODETE RACHID BOTELHO

**TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO TRIBUTÁRIO:
VIGÊNCIA, APLICABILIDADE E CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE**

Dissertação apresentada como
requisito parcial à obtenção do grau
de Mestre.

Curso de Pós-Graduação em Direito,
Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Clèmerson Merlin
Clève

**CURITIBA
1996**

"Quel que soit le milieu où il s'applique, le droit a le même fondement, parce qu'il a toujours la même fin: il vise partout l'homme et rien que l'homme.

N. Politis

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	1
2	TRATADOS INTERNACIONAIS.....	4
2.1	ORIGENS.....	6
2.2	CONCEITO.....	14
2.3	TERMINOLOGIA.....	20
2.4	CLASSIFICAÇÃO DOS TRATADOS.....	22
3	TEORIAS ACERCA DO INTER-RELACIONAMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E DIREITO INTERNACIONAL.....	30
3.1	DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E DIREITO INTERNACIONAL.....	31
3.2	TEORIA DUALISTA.....	35
3.3	TEORIA MONISTA.....	44
3.4	TEORIAS CONCILIATÓRIAS.....	55
3.5	PRÁTICA INTERNACIONAL.....	57
4	CELEBRAÇÃO DOS TRATADOS.....	64
4.1	PROCESSO DE CELEBRAÇÃO DOS TRATADOS.....	65
5	TRATADOS INTERNACIONAIS NA ORDEM INTERNA.....	94
5.1	TRATADOS INTERNACIONAIS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	119

6	PROBLEMAS PROPOSTOS PELO DIREITO TRIBUTÁRIO.....	128
6.1	VALIDADE E VIGÊNCIA DOS TRATADOS.....	131
6.2	HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.....	141
6.3	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS TRATADOS.....	159
7	CONCLUSÕES.....	172
8	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	178

INTRODUÇÃO

"De há muito, com efeito, se celebram convenções internacionais que, versando embora essencialmente matérias de outra natureza, contemplam, acidental ou acessoriamente, disposições tributárias: basta pensar nos acordos de comércio, nos que visam a formação de uniões aduaneiras ou zonas de livre comércio, nos que regulam os portos marítimos, os aeroportos, a viação rodoviária, a navegação aérea, o trânsito e baldeação, o serviço postal, a emigração, a proteção de investimentos, a cooperação cultural, científica ou militar, ou as convenções relativas às imunidades diplomáticas e consulares ou ao regime fiscal das organizações internacionais e seus empregados.¹

Em virtude de uma política, de certo modo, nacionalista e protecionista, e de seu relativo isolamento, o Brasil manteve-se, durante longos anos, alheio ao comércio

¹XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil : tributação das operações internacionais*. 2.ed. tot. ref. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 1993, p.87.

internacional. A progressiva abertura à prática do comércio exterior, na última década, trouxe consigo a necessidade de intensificar as negociações internacionais e de obrigar-se por meio de acordos que regulassem essas relações.

Nos meios tributários ninguém menospreza a importância dos acordos internacionais. No entanto, muitas dúvidas pairam acerca desta "espécie" tributária. Seriam os tratados efetivamente considerados como fonte do Direito Tributário interno? Como proceder ao encontrar uma norma internacional contrária ao Direito Interno? Qual delas prevaleceria? Em que exato momento as normas internacionais passariam a ser obrigatórias dentro do território nacional e a quem obrigariam?

A crescente e inexorável abertura do mercado brasileiro para o exterior, a par da internacionalização da economia, fazem com que a importância do tema, ora escolhido, cresça.

Os tratados internacionais em matéria tributária servem para o aperfeiçoamento do sistema tributário internacional, laborando no sentido de evitar a duplicidade de tributação ou a sonegação de tributos no âmbito nacional.

Já não se pode falar com importadores e exportadores olvidando aspectos concernentes à validade, hierarquia e constitucionalidade de tratados internacionais versando questões tributárias. Todavia, longe estão elas de ser questões pacíficas pois, ainda hoje, causam dúvidas e trazem incertezas.

As dificuldades no encontro de respostas definitivas residem, basicamente, no fato de estarem esses assuntos situados em zona nebulosa entre alguns ramos do direito. No caso, requerem reflexões acerca de temas relativos ao Direito Internacional Público, ao Direito Constitucional e ao Direito Tributário. Não podemos enfrentá-los sem incursionar, ainda que superficialmente, nesses campos, visto que, nenhum deles, por si só, resolve pacífica e completamente as questões propostas, apenas em seu âmbito.

Destarte, estudamos as teorias acerca do inter-relacionamento do Direito Interno com o Direito Internacional, buscamos em nossa Carta Magna o posicionamento adotado pelo nosso sistema de direito positivo, pesquisamos os ensinamentos dos doutrinadores e, ainda, verificamos a posição jurisprudencial, para poder chegar às conclusões finais.

Esclareça-se, por oportuno, que limitamo-nos a trabalhar com o Direito Internacional comum, deixando de lado as questões pertinentes ao direito comunitário. Também, ocupamo-nos apenas dos tratados celebrados por meio do processo completo, não nos detendo na análise dos denominados acordos internacionais em forma simplificada, em cujo processo de formação incorre a apreciação do Poder Legislativo.

CAPÍTULO I

TRATADOS INTERNACIONAIS

No momento em que as comunidades políticas se dispuseram a relacionar-se, ordenadamente, entre si, passaram a existir tratados. Hoje, os membros da sociedade internacional não se servem mais das estrelas, das tábuas de argila, nem dos frontispícios palacescos para registrar acordos, que já não se contentam em refletir a superioridade do povo vencedor sobre o vencido, nem descansam na taumaturgia das divindades.²

Os tratados, em maior número na atualidade do que em qualquer tempo, são a mais importante fonte de direito externo, construindo-se com eles, a coexistência e a cooperação em uma gama de assuntos, onde identificam-se interesses comuns, e evidencia-se a interdependência dos Estados.

Essa importância também é reconhecida no campo do Direito Tributário: "*Dentro das fontes internacionais do*

²BROTOS, Antonio Remiro. *Derecho Internacional Público. II. Derecho de los Tratados*. Madrid : Editorial Tecnos, 1987, p.28.

Direito Tributário, os tratados ocupam lugar de primordial relevo."³

O artigo 38, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, de 16 de dezembro de 1920, ao enumerar as fontes do Direito Internacional, coloca-os em primeiro lugar. E o faz acertadamente, eis que hoje, são eles a forma mais importante e mais precisa de revelação de Direito Internacional positivo⁴, modificando uma realidade de séculos, em que situavam-se em uma posição subalterna, em relação aos costumes.

Faremos uma breve retrospectiva acerca dos acordos internacionais, buscando, através da história, compreender a importância de seus institutos, o alcance de suas finalidades, e, por fim, o verdadeiro sentido de suas concepções.⁵

Teceremos alguns breves comentários a respeito da terminologia dos tratados, com o intuito de ressaltar a grande imprecisão encontrada na prática internacional.

Relembraremos algumas das diferentes formas de classificar os tratados, importantes para posterior análise dos

³XAVIER, *op. cit.*, p.87.

⁴MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito Internacional Público*, v.1, 10.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro : Renovar, 1994, p.176.

⁵"A história de uma ciência oferece ao analista um acervo de revelações, dados e fatos que, criticamente avaliado, possibilita mais fácil compreensão de sua realidade atual. Analisando-se, ainda que somente em suas grandes linhas, a evolução dos institutos e conceitos formulados ao longo do tempo e do espaço, dela se podem tirar lições e ilações inestimáveis." RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *Direito Internacional Público*. v.1, 1.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1989, p.47.

dispositivos encontrados na Constituição de 1988, e, em especial, para o estudo de seus efeitos na órbita do Direito Tributário.

SEÇÃO I

ORIGENS

Em decorrência da necessidade humana de viver em comunidade, tornou-se imprescindível a existência de normas jurídicas destinadas a reger os interesses individuais, nem sempre convergentes, para tornar a convivência harmônica e pacífica.

Tal regramento não se exaure dentro dos lindes territoriais das coletividades politicamente organizadas; ao contrário, estende-se a outros grupos, na medida em que a civilização desenvolve-se e os povos passam a relacionar-se entre si.

§1º ANTIGÜIDADE

As relações estabelecidas por intercâmbios políticos, culturais, científicos, artísticos e jurídicos, como bem demonstra a história, não é recente: provém de tempos imemoriais. Fez-se necessário regulamentá-las.

*"Assim, entre tribos ou clãs de povos diferentes (ou, pelo menos, entre povos vizinhos), deviam surgir, inevitavelmente, os primeiros rudimentos do **jus inter gentes**, dos quais ainda hoje talvez se encontrem vestígios."* ⁶

É bem verdade que as idéias ou a concepção de Estado não eram, entre os povos antigos, as mesmas que hoje servem de fundamento ao Direito das Gentes.

Na Antigüidade, encontrava-se o Estado alicerçado em bases teocráticas. Aos povos, atribuía-se linhagem divina e os governantes eram, no mais das vezes, considerados como os escolhidos pelos deuses para dirigir seus súditos. Os valores tidos como os mais elevados eram os de caráter religioso: tudo concorria para a concepção de *monarquia universal*, considerada

⁶ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. *Manual de Direito Internacional Público*. 12.ed. São Paulo : Saraiva, 1996, p.4.

como a firmeza do ideal dessa época e erigida à base da submissão das nações estrangeiras.

Durante o período da Antigüidade Oriental e Clássica até o triunfo de Constantino, o estrangeiro foi sempre considerado o inimigo das divindades. Ora, tinha-se o direito como proveniente dos deuses e, o estrangeiro, por cultuar outras divindades que não aquelas, tornava-se o elemento pérfido, sem qualidades, inimigo nato, mesmo em tempo de paz. Deveria ser submetido, ou até mesmo, destruído.

Encontravam-se os povos em luta contínua pela verdade cósmica da sua fé religiosa. Aos próprios deuses, modelos dos homens, imputavam-se sentimentos humanos negativos, tais como o ódio e a vingança, que passaram a ser considerados grandes atributos divinos.⁷ O único meio de aproximação e de contato entre as diferentes raças ou grupos, era a guerra. Apesar disso, surgiram alguns raros pactos entre governantes.

Há aproximadamente cinco mil anos,⁸ assinala-se, Eannatum, rei ou ensi de Lagash, derrotou o senhor da vizinha cidade de Ummah, na planície sumeriana. A inscrição em um

⁷"Ora, se os deuses de uma nação eram, naturalmente, inimigos e negadores de todos os mais, como admitir-se que esses povos pudessem ter uma comunidade axiológica que fundamentasse a construção pacífica de uma cultura que emergisse para uma técnica jurídica internacional?" BOSON, Gerson de Britto Mello. *Direito Internacional Público : o Estado em Direito das Gentes*. Belo Horizonte : Del Rey, 1994, p.31.

⁸Afirma Gerson de Britto Mello Boson que foi celebrado pela "'era de 3.100 a.C.' um tratado entre a Cidade-Estado de Lagash e os habitantes de Uma, outra Cidade-Estado da mesma região." *op. cit.*, p.31.

monumento de pedra registra o texto do mais antigo tratado conhecido, um tratado de delimitação de fronteiras, em benefício, sem dúvida, do vencedor. Não é o único. Os arqueólogos e especialistas da História Antiga descobriram muitos outros, encontrados em um espaço relativamente restrito do Oriente Próximo, refletindo os laços de vassalagem, paz, aliança e cooperação entre os povos.⁹

Na concepção dos Egípcios, Assírios-Babilônicos e Elamitas, o alienígena não era bem visto. Logo, "lhes não era possível participar de igual para igual como os crentes dos 'verdadeiros' deuses, na prática de um ato jurídico, válido internacionalmente."¹⁰

Não obstante, citam-se entre os estatutos da Antigüidade vetustos tratados, de paz e de alianças, celebrados pelos reis do Egito e dos hititas, pondo termo à guerra da Síria.

⁹Relata-nos Brotons que "A principios del presente siglo el alemán H. Winckler vio recompensado su tesón con el sorprendente descubrimiento en Boghazköy, aldea de Anatolia a ciento cincuenta kms. al este de Ankara, de los archivos reales hititas, donde se conservaban en tablas de arcilla alrededor de cincuenta textos de tratados correspondientes a un período de algo más de doscientos años en la mitad del segundo milenio antes de Cristo. Una de esas tablas, enorme y bien conservada, despertaba un particular interés: era, en escritura cuneiforme babilónica, el ejemplar hitita de tratado suscrito por Jattusil III, rey del país de Hatti, y Ramsés II, faraón de Egipto, tras la batalla de Kadesh (1296-1286 a. de C.), concertando la paz y amistad, defensa mutua, legítima sucesión en ambos tronos y extradición de fugitivos." BROTONS, op. cit., p.27.

¹⁰MATOS, José Dalmo Fairbanks Belford de. *Manual de Direito Internacional Público*. 1.ed. São Paulo : Saraiva, 1979, p.28.

Durante a Antigüidade, as regras de comportamento eram precárias, fragmentadas e quase sempre fundadas em critérios de etnia e religião. Em muitas nações antigas, os estrangeiros não eram igualados aos nacionais, e para tornar possível o intercâmbio e o comércio, entre eles e os súditos dos países em que se encontrassem, faziam-se necessárias regras especiais.

Já os Hebreus, devido à prática monoteísta, tratavam com benevolência os estrangeiros não hostis, chegando mesmo a firmar vários convênios de comércio e de trocas com seus vizinhos.

Tem-se notícia de acordos firmados pelos Gregos entre as Cidades-Estados, referentes à franquia alfandegária, garantia de bens e das pessoas, no caso de conflito. Acredita-se que tais manifestações tenham ocorrido como expressão da unidade cultural, fundamentada numa convicção religiosa de unidade de raça, e não propriamente como uma necessidade jurídica.

Também os pactos de aliança apareceram com freqüência na antiga Grécia, apontando-se, inclusive, a necessidade de recorrer-se à arbitragem para a solução de possíveis disputas existentes entre contratantes.

Devido à expansão de seu império, Roma sentiu a necessidade de criar normas para regerem as relações jurídicas, que passou a admitir, entre estrangeiros, ou entre estes e seu

povo. Os tratados assinados pelos romanos traziam, em seu bojo, alusão à inviolabilidade dos *legati* estrangeiros, mas atribuíam a si, o direito de interpretá-los segundo a sua vontade.

§2º IDADE MÉDIA

O Cristianismo por professar a igualdade dos homens e, em decorrência, a igualdade dos Estados, trouxe as idéias necessárias para o desenvolvimento da fraternidade dos povos e da unidade do gênero humano. Favoreceu a criação de uma comunidade entre as nações, onde o dever de amparo e respeito mútuo era a tônica dominante.

A Igreja passou a ter um papel preponderante na criação de regras jurídicas entre Estados. Basta mencionar as instituições estabelecidas contra a guerra,- como a *Paz de Deus* neutralizando certos lugares e certas pessoas - e a *Trégua de Deus*, proibindo as hostilidades durante o Advento, a Quaresma, as principais festas e nas segundas e sábados de cada semana.¹¹

O desenvolvimento do comércio marítimo também concorreu para a formação de normas que se inscreveram em certas coleções de leis ou costumes. O descobrimento da América, pelos novos

¹¹ACCIOLY, *op. cit.*, p.5.

problemas suscitados, teve papel de relevo no relacionamento entre os Estados. Com vistas à solução dos conflitos emergentes, foram assinados diversos acordos, dentre eles o Tratado de Tordesilhas.

§3º IDADE MODERNA

Todos os estudiosos do assunto são assentes em afirmar que somente a partir dos séculos XVI e XVII é possível imaginar-se um *jus inter gentes*, fruto da concepção cristã ocidental, como ciência autônoma e sistematizada. Com os Tratados de Westfália(1648) começa uma nova era na história política da Europa.¹²

Nega-se, definitivamente, a supremacia do Império e da Igreja, revelando-se a consciência geral de uma comunidade de Estados que se reconhecem como iguais, estabelecem livremente seu estatuto político, conquanto dentro de princípios ali estipulados. Ao largo do princípio igualitário, derroga-se o juramento, como força obrigatória dos tratados, para afirmar-se outro: a da obrigatoriedade *per se et in se* das próprias convenções concluídas, sob a certeza de sua necessidade.

¹²RUSSOMANO, *op. cit.*, p.66.

§4° IDADE CONTEMPORÂNEA

No século XX, em razão de se ter atingido um progresso nunca antes sonhado, aliado ao abalo decorrente das duas grandes guerras, inicia-se uma nova fase nas relações entre Estados. Novos horizontes, novos rumos, foram as causas da mudança na própria sociedade, onde, uma radical alteração nos conceitos éticos ocorre.

Mais do que nunca, o inter-relacionamento dos povos se torna necessário e, a cada dia, emergem necessidades de acordos a fim de disciplinar relações entre Estados, pondo fim a disputas e regulamentando o comércio.

O século XX está prestes a se encerrar. Olhando sua trajetória através do tempo, avalia-se, com precisão, a importância crescente do Direito Internacional, a ampliação de seu campo de estudo, mostrando-se, mais do que nunca, como o único instrumento de que dispõe a sociedade internacional para viver em ordem e em paz.¹³

¹³ *Ibid.*, p.83.

SEÇÃO II

CONCEITO

Devido à diversidade de assuntos passíveis de serem regulamentados pelos tratados, pode-se apenas defini-los, de acordo com o seu aspecto formal.¹⁴

Entende-se por tratado o ato jurídico pelo qual manifesta-se o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas internacionais.¹⁵

Em *sentido lato*, define-se tratado internacional como sendo todo acordo concluído entre membros da comunidade internacional.

Qualquer que seja a denominação dada, o tratado internacional apresenta-se como um pacto entre sujeitos do Direito das Gentes, destinado a produzir determinados efeitos

¹⁴MELLO, *op. cit.*, p.176.

¹⁵"*Tratado é todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos.*" REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público : curso elementar*. 5.ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 1995, p.14.

jurídicos. Corresponderia, analogicamente falando, ao que representa na ordem interna, a lei e o contrato.¹⁶

Como consequência, não são tidos como tratados, já que ao menos um dos contratantes presentes não é sujeito de Direito Internacional, os acordos concluídos com populações não civilizadas ou com tribos indígenas, os contratos matrimoniais concluídos por príncipes das famílias reinantes, (pois agem não como representantes dos Estados, mas a título particular), nem os convênios celebrados entre um Estado e indivíduos estrangeiros, ou apenas, entre particulares estrangeiros.

Contrário senso, ainda que não sejam como tal designados, consideram-se tratados os acordos concluídos entre membros da Comunidade Britânica, as *concordatas* celebradas entre a Santa Sé e os Estados, mesmo regulamentando matéria de ordem interna, e os pactos levados a efeito por um organismo internacional com um Estado, ou com outro organismo internacional.

Reserva-se, outrossim, a denominação técnica de tratado, aos compromissos internacionais firmados com a intervenção formal do órgão investido da competência para concluir convênios, o qual, na maior parte dos Estados, pressupõe a intervenção do chefe de Estado.¹⁷

¹⁶ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. 3.ed. Barcelona : Ediciones Ariel, 1966, p.23.

¹⁷*Ibid.*, p.24.

José Francisco Rezek,¹⁸ em sua inigualável obra *Direito dos Tratados*, após conceituar tratado internacional, faz uma análise, detalhada, dos elementos conceituais necessários e, conclui:

- a) é um ato jurídico envolvendo ao menos duas vontades, tendo por essência um acordo, o que demonstra estar presente a livre manifestação do consentimento das partes;
- b) é um ato formal, pois se exprime com precisão, num determinado momento, com teor bem definido e de forma escrita;
- c) é resultante de um acordo concluído, o que vale dizer, resulta da conclusão de negociações, embora não signifique que haja entrado em vigor;
- d) opera entre sujeitos de Direito Internacional que são basicamente os Estados independentes, aos quais se equipara a Santa Sé, e as organizações internacionais;
- e) está destinado a produzir efeitos jurídicos, sendo essa uma característica essencial do tratado, não podendo ser visto senão em sua dupla qualidade de ato jurídico e norma. O acordo entre as partes é o ato jurídico que produz a norma e, por produzi-la, desencadeia efeitos de direito, gerando obrigações e prerrogativas;

¹⁸REZEK, José Francisco. *Direito dos Tratados*. 1.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1984, p.21-78.

f) é compromisso regido pelo Direito Internacional logo, opera dentro da esfera do Direito Internacional.

O ponto de partida da análise é dado pelo art. 2º, da Convenção de Viena sobre Tratados, celebrada em 1969, que assim dispõe:

"Art. 2º *Expressões empregadas*

1. *Para os fins da presente Convenção:*

a) *'tratado' significa um acordo internacional celebrado entre Estados em forma escrita e regido pelo direito internacional, que conste, ou de um instrumento único, ou de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica;*"¹⁹

Essa definição, embora tenha o mérito de afastar qualquer discussão inútil acerca da nomenclatura dos acordos, é imperfeita, por não abranger os acordos estabelecidos pelas organizações internacionais ou, genericamente, entre outros sujeitos de Direito Internacional.

A aprovação, também em Viena, da *Convenção sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais*, no ano de 1986, veio a suprimir esta lacuna.

¹⁹LITRENTO, Oliveiros. *Direito internacional público em textos : principais tratados e convenções*. 2.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1985, p.169.

A redação do artigo 2º, dado pela Convenção de Viena de 1986, é a que segue:

"Art. 2º - Expressões empregadas

1 - Para os efeitos da presente Convenção:

a) entende-se por tratado um acordo internacional regido pelo Direito Internacional e celebrado por escrito:

i) entre um ou vários Estados e uma ou várias organizações internacionais; ou

ii) entre organizações internacionais quer conste esse acordo em um instrumento único ou em dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja sua denominação particular."

Ficam, dessa forma, perfeitamente delimitadas as áreas específicas dos dois tratados: a Convenção de Viena de 1969 refere-se aos acordos efetuados entre Estados, e a eles continua a ser aplicada; ao passo que a Convenção de 1986, refere-se aos tratados firmados entre organizações internacionais, ou ainda, entre Estados e estas organizações.

Ainda, temos na visão de Grandino Rodas:

"Dos inúmeros conceitos doutrinários existentes sobre tratado internacional é particularmente elucidativo o fornecido por Reuter: 'uma manifestação de vontades concordantes imputável a dois ou mais sujeitos de direito internacional e destinada a produzir efeitos jurídicos, segundo as regras de Direito Internacional'"²⁰

Por fim, trazemos a definição dada por Brotons²¹, que a nosso ver, bem caracteriza o tratado, pois abrange a forma adotada, os sujeitos capazes de firmá-lo e a origem das regras que o regulamentam:

"En un sentido amplio podemos entender por **tratado** la manifestación por escrito de voluntades concordantes imputables a dos o más sujetos de Derecho Internacional de la que derivan obligaciones y derechos para las partes según las reglas del Derecho Internacional."
(grifo nosso)

²⁰Apud SUSSEKIND, Arnaldo. *Tratados internacionais : sua executoriedade no direito interno brasileiro*. Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, n.21, p.313, dez/1992.

²¹BROTONS, op. cit., p.28.

SEÇÃO III

TERMINOLOGIA

As Pessoas Jurídicas de Direito Internacional podem estabelecer o seu modo de agir por determinadas normas internacionais, utilizando-se de um documento denominado *tratado*.

Esses acordos, quando firmados, recebem diferentes denominações, inexistindo elementos capazes de estabelecer uma distinção precisa, entre as várias opções encontradas.²² A terminologia não é nem uniforme, nem coerente.

Na bibliografia especializada, não faltam estudos dedicados a analisar estatisticamente o emprego dos termos mais comuns, na tentativa, vã, de buscar elementos capazes de vincular a cada termo variante de tratado, uma modalidade específica de compromisso. Busca-se na tradição, na importância

²²"La práctica internacional revela que sólo una parte de los acuerdos celebrados por escrito entre sujetos de Derecho Internacional y regidos por éste reciben el nombre de tratados. Junto a los tratados eo nomine aparecen las convenciones, los convenios, los acuerdos, las cartas, las actas, los ajustes, los protocolos, los estatutos, las declaraciones, los *modus vivendi*, los pactos, los concordatos, los memorandums, las minutas aprobadas, los canjes de notas o los programas de acción conjunta... hasta la cuarentena de términos y expresiones normalmente utilizadas por los negociadores, a las que podrían unirse cualesquiera otras animadas por el sopro de su fantasía." BROTONS, *op. cit.*, p.36-37.

material ou formal do instrumento, na forma de manifestação do consentimento, na qualidade e natureza dos celebrantes, na acessoriedade ou não de um instrumento em relação a outro, em sua transitoriedade, a razão para a preferência de um termo a outro.

Contudo, essa tem sido uma tarefa estéril, pois muitas das expressões utilizadas, como *acordo* e *compromisso*, "são alternativas - ou, para quem prefira dizê-lo, são juridicamente sinônimas - da expressão *tratado*".²³

Tratado, Acordo, Convenção, Pacto, Ato, Declaração, Protocolo, Estatuto, Protocolo, Memorando, Ajuste, Arranjo, Ata, Compromisso, dentre outras,²⁴ são utilizadas livre e aleatoriamente, como se sinônimas fossem, nenhuma delas possuindo um significado restrito.

Por fim, cumpre registrar que as Convenções de Viena de 1969 e de 1986 tiveram, além de outros, o grande mérito de consolidar, que a palavra *tratado* refere-se a um acordo regido pelo Direito Internacional, "qualquer que seja a sua denominação".

²³REZEK, *Direito Internacional...*, p.16.

²⁴Têm-se notícia que na França foram detectadas trinta e oito expressões equivalentes e, em língua portuguesa, chega-se, seguramente, a duas dezenas, sem contar os vocábulos de língua estrangeira e os nomes compostos. *Ibid.*, p.15-16.

Assim, para o Direito Internacional, *tratado* é expressão genérica. Todo acordo celebrado entre sujeitos de Direito Internacional e por ele regido, não importando a denominação recebida, será considerado *tratado*.

SEÇÃO IV

CLASSIFICAÇÃO DOS TRATADOS

Toda classificação tem um cunho didático. Busca-se evidenciar algumas características do objeto a ser estudado, distribuindo-o em classes ou grupos, segundo um método.

Vários são os critérios pelos quais torna-se possível classificar os tratados. Algumas classificações contribuem para o melhor e mais rápido entendimento de aspectos tais como a gênese, a vigência ou a extinção dos acordos internacionais.

Mencionaremos, tão somente, as classificações que sirvam para elucidar as questões propostas.

Os tratados podem ser grupados segundo os seguintes critérios:

§1º - QUANTO AO NÚMERO DE SIGNATÁRIOS

A mais simples das classificações, nem por isso a menos importante,²⁵ é a que apenas leva em conta, o maior ou menor número de Estados intervenientes, na feitura dos acordos. Trata-se de classificação de ordem formal, distinguindo-os em *bilaterais* e *multilaterais*.

A) BILATERAIS

Todo e qualquer pacto há de ter, ao menos, duas partes. Se tal ocorrer, considera-se *bilateral*. Em qualquer outra hipótese, ou seja, sendo mais de duas as partes contratantes, teremos um acordo *multilateral*.

Cumprе mencionar que é tido como *bilateral* o acordo celebrado entre um Estado e uma organização internacional, pois esta ostenta a qualidade de personalidade singular, distinta daquela dos Estados componentes.²⁶

²⁵"A singeleza desta primeira e tradicional chave classificatória contrasta com a dimensão de sua importância, ao longo de todo o estudo do direito dos tratados." REZEK, *Direito dos Tratados...*, p.122.

²⁶"No sistema de garantia da Convenção de Havana sobre tratados, de 1928, os Estados garantes também não podem ser vistos como partes." *Ibid.*, p.124.

B) MULTILATERAIS

Entende-se por tratado multilateral

"o tratado que, com base nas suas estipulações ou nas de um instrumento conexo, haja sido aberto à participação de qualquer Estado, sem restrição, ou de um considerável número de partes e que tem por objeto declarado estabelecer normas gerais de direito internacional ou tratar, de modo geral, de questões de interesse comum." ²⁷

Como visto, os acordos firmados por mais de dois pactuantes consideram-se *multilaterais*.

Não há unanimidade doutrinária na classificação, nos casos em que, inobstante o número de partes envolvidas, sejam apenas dois os lados obrigados pelo pacto. Poderá ser considerado como acordo *bilateral* por uns, e como *multilateral* por outros.

§2º - QUANTO À NATUREZA E ALCANCE JURÍDICO

²⁷SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. São Paulo : LTR, 1983, p.38.

De longa data têm os autores adotado a divisão dos tratados em *tratados-leis* e *tratados-contratos*.²⁸ Baseia-se a distinção na função jurídica a que o tratado se propõe: a realização de um negócio jurídico - *tratado-contrato* - ou o estabelecimento de uma regra de direito - *tratado-lei*.²⁹

A) TRATADOS-LEIS

Certos tratados trazem, em seu bojo, normas jurídicas, aceitas pelos Estados como normas de conduta, distinguindo-se dos demais, cuja finalidade é criar uma regra de direito, objetivamente válida. Foram aqueles denominados *tratados-leis* ou *tratados-normativos*.

Os *tratados-leis* são acordos efetuados por vários Estados, com o escopo de fixar normas de Direito Internacional.

B) TRATADOS-CONTRATOS

Já os *tratados-contratos* são atos de caráter subjetivo, engendrando prestações recíprocas, pelos quais os pactuantes

²⁸Consta tal distinção remontar à Bergbohm, que observou serem certas normas constantes dos tratados aceitas pelos Estados como normas de conduta, com o escopo de criar normas jurídicas. "Triepel retoma esta orientação e assinala que determinados tratados (*tratados-leis*) são formados por vontade de conteúdo idêntico, enquanto nos outros (*tratados-contratos*) as vontades teriam um conteúdo diferente." MELLO, *op. cit.*, p.183.

²⁹ROUSSEAU, *op. cit.*, p.26.

buscam regular interesses, também recíprocos. Em geral, são de natureza *bilateral*, muito embora existam tratados *multilaterais* restritos.

Bourquin, seguido por outros doutrinadores, apresenta uma caracterização diferente desses acordos. Para ele, os *tratados-contratos* são aqueles em que os Estados visam "*fins diferentes*" e criam "*situações jurídicas subjetivas*", ao passo que os *tratados-leis* determinam "*uma situação jurídica impessoal e objetiva*".³⁰

Nos *tratados-contratos*, as partes realizam uma operação jurídica, como acordos de comércio, de aliança, de limites, ou de cessão territorial. Já nos *tratados-leis*, as partes editam uma regra de direito, objetivamente válida.

A despeito de se considerar essa distinção como importante na interpretação dos tratados, aos poucos, ela vem perdendo seu antigo prestígio.³¹

O interesse por ela despertado, reside no fato de internacionalistas de peso considerarem apenas os *tratados-leis* como fonte do Direito Internacional, pois "...o *tratado-contrato* realiza apenas o acordo de dois ou mais Estados que

³⁰MELLO, *op. cit.*, p.183.

³¹REZEK, *Direito Internacional...*, p.29.

*visam a fins diferentes; ajusta interesses estatais particulares, criando situações jurídicas subjetivas...".*³²

§3º - QUANTO À EXTENSÃO DO PROCEDIMENTO ADOTADO

Os tratados internacionais resultam de uma série de atos sucessivos, não havendo imposição de uma forma determinada para sua celebração. Os Estados podem, livremente, escolher aquela que pretendam adotar.

Salienta Cachapuz de Medeiros³³ que os Estados utilizam-se de dois processos básicos, para a celebração dos tratados: o *processo solene e completo* e o *processo abreviado*.

A) PROCESSO SOLENE E COMPLETO

O processo completo, também denominado solene, inicia-se com a negociação e a adoção do texto, prosseguindo com a avaliação interna de suas vantagens ou inconvenientes. Com a aprovação, há a manifestação da vontade do Estado, no sentido de obrigar-se pelo tratado, o aperfeiçoamento dessa vontade e a

³²BOSON, *op. cit.*, p.185.

³³MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de *O Poder de Celebrar Tratados*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p.202.

sua incorporação à ordem jurídica interna. Basicamente, a seqüência a ser adotada seria: negociação, assinatura, mensagem ao Congresso, aprovação parlamentar, ratificação e promulgação.

Quando já há um tratado em vigor ou negociado, um Estado pode obrigar-se, internacionalmente, sem percorrer todas as fases descritas. Adere ao tratado já firmado, remetendo o instrumento de adesão à autoridade depositária, que levará ao conhecimento das partes envolvidas, a decisão do novo Estado, de também assumir as obrigações, nele constantes.

Entrando o ato de adesão em vigor no plano internacional, o tratado é incorporado à ordem jurídica interna.

Em regra, a distinção entre processo solene e de forma abreviada é feita quanto à manifestação do consentimento em sua processualística. Esta pode realizar-se em duas fases ou em uma só: sendo em duas, a fase da *assinatura* é considerada apenas como procedimento prenunciativo do tratado e a *ratificação*, como definitiva.

B) PROCESSO ABREVIADO

No *processo abreviado* há a eliminação de etapas do processo solene, no mais das vezes, pela supressão da aprovação

parlamentar do texto e da ratificação. É mais freqüente ocorrer quando se trata de tratado bilateral.

Assim, consideram-se *unifásicos* ou de *processo abreviado* aqueles acordos nos quais o consentimento se exprime de pronto, permitindo sua imediata entrada em vigor. O rito compõe-se de negociação, assinatura ou troca de notas diplomáticas e publicação.

Em nosso presente estudo trabalhamos apenas com os tratados realizados em forma solene, deixando de lado os de procedimento abreviado.

CAPÍTULO II

TEORIAS ACERCA DO INTER-RELACIONAMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E DIREITO INTERNO

O problema da relação existente entre os tratados internacionais e o Direito Interno de cada Estado, há muito tempo, constitui assunto gerador de discussões.

A propósito, cabe perguntar se o Direito Internacional pode ser considerado um conjunto normativo autônomo, independente, distanciado do Direito Interno ou ambos são aspectos do mesmo Direito? Sendo duas ordens distintas, emanando de fontes diversas, há relações entre elas? Sendo apenas uma, as normas estabelecidas em um tratado entrariam em vigor, concomitantemente, interna e externamente ou em momentos diferentes? E ainda, pode haver conflito entre suas normas?

Essas são questões de fundamental importância, sobretudo no momento atual, em que há uma tendência generalizada à expansão das relações entre Estados. Cada vez mais os povos procuram, em razão da crescente necessidade de bens, da incapacidade ou falta de interesse em produzi-los,

relacionar-se entre si, com vistas a prover as suas necessidades.

Firmam-se tratados para serem cumpridos, e, os possíveis conflitos, deles decorrentes, devem ser resolvidos. Havendo dissonância entre a norma convencional e a regra interna, pergunta-se, qual delas deverá prevalecer? Poderá ser desconsiderada a palavra empenhada, violando o compromisso internacional firmado?

Para obter as respostas, devemos penetrar na temática das relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno.

SEÇÃO I

DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E DIREITO INTERNO

A partir do último quartel do século XIX, e em especial no nosso século, grandes e rápidas transformações ocorreram no mundo, tanto do ponto de vista comercial e científico como tecnológico. Em conseqüência, as relações internacionais passaram a exigir sempre maior celeridade e dinamismo,

atributos passíveis de serem prejudicados pela lentidão dos processos de atuação parlamentar.³⁴

A especulação jurídica em torno do Estado de Direito, de sua submissão às normas jurídicas constitucional e internacional, a multiplicação crescente do intercâmbio entre os povos e Estados, deram azo ao extraordinário desenvolvimento ocorrido em relação às regras jurídicas.

Atos, contratos, constituições, leis internas, tratados, novos ramos do direito surgiram e intensificaram-se, trazendo, com eles, inúmeros problemas a serem resolvidos.³⁵

As velhas soluções encontradas já não eram capazes de ser aplicadas aos novos problemas. Dentre eles, depara-se com a questão da validade das normas internacionais frente ao Direito Interno.

O inter-relacionamento do Direito das Gentes e do Direito Interno é tema adstrito à determinação das relações específicas entre Direito Interno e Direito Internacional.

Saber especificar o tipo de relação que entre si mantém, o Direito Internacional e o direito estatal, é questão da máxima importância, da qual decorrem inúmeras consequências,

³⁴MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais*. Porto Alegre : LP&M Editores Ltda., 1983, p.16.

³⁵VALADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro : Livraria Freitas Bastos Ltda., 1968, p.50.

tanto práticas como doutrinárias. É assunto possuidor de dois sentidos: *teórico* e *prático*.³⁶

O sentido *teórico* consiste no confronto do bloco normativo internacional com o bloco normativo interno, tendo como objetivo deduzir-se a unidade ou a dualidade desses sistemas, e a existência ou não de hierarquia, em tese.

Decorre o sentido *prático*, da necessidade de solução dos conflitos, atuais, especificados, entre regras do Direito Internacional e disposições singulares do Direito Interno. Confirmar-se-á ou não, a tese monista, ou dualista, pois a solução prática trazida a um conflito dessa espécie, terá como fundamento a supremacia da ordem externa ou interna, ou ainda, a consideração de uma frente à outra, como mero fato.³⁷

Destarte, ao menos duas soluções distintas podem ser concebidas: ou considerar-se as duas ordens jurídicas como independentes, distintas, separadas e impenetráveis (dualismo),

³⁶BOSON, Gerson de Britto Mello. *Direito Internacional Público : o Estado em Direito das Gentes*. Belo Horizonte : Del Rey, 1994, p.134.

³⁷"A relação entre Direito Internacional e Direito Interno no passado era fundamentalmente um interessante problema teórico, que instigava os estudiosos do direito em debates puramente doutrinários: essa relação, hoje, transformou-se em um importante problema prático, primeiramente em face da crescente adoção de tratados, cujo escopo é não masi a relação entre Estados, mas a relação entre Estados e seus próprios cidadãos." LEARY, Virginia. *Internatonal Labour Conventions and National Law: the effectiveness of the automatic incorporation of treaties in national legal systems*. Apud PIOVESAN, *op. cit.*, p.82.

³⁷TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos : fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo : Saraiva, 1991, p.6.

ou admitir-se ser uma derivada da outra, o que implica em uma concepção unitária do direito (monismo).

Poucos são os autores que consideram a disputa uma questão de somenos importância, em especial nos dias atuais. Uma vasta literatura, tanto estrangeira como nacional, há versando sobre esta matéria.

Enquanto prevaleceu uma noção universalista e jusnaturalista do Direito Internacional, não se abordou teoricamente o tema da relação do Direito Internacional, por desnecessário.

A necessidade surge após o advento do positivismo e voluntarismo pois, como bem coloca Aguillar Navarro³⁸, com eles, duas questões ficam atreladas: a da natureza e fundamento do Direito Internacional e as suas relações com o Direito Interno.

Antes do Pacto da Liga das Nações, apenas esporadicamente esta questão merecia a atenção dos autores, não se encontrando construção científica suficiente, acerca do assunto.

Logo após a 1ª Grande Guerra, travou-se acirrada polêmica jurídica acerca da natureza do Direito Internacional Público e de suas relações com o Direito Interno. Seriam

³⁸Apud LITRENTO, Oliveiros L. *Manual de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro : Forense, 1968, p.32.

relações de identidade ou de contigüidade? Com elas e em decorrência delas, a solução das questões levantadas.

SEÇÃO II

TEORIA DUALISTA

§1º - ORIGEM E DENOMINAÇÃO DA TEORIA

Desenvolveu-se a teoria dualista, graças às construções de Carl Heinrich Triepel na Alemanha e Dionisio Anzilotti na Itália.³⁹

A primazia histórica do aparecimento da teoria dualista cabe a Heinrich Triepel, que efetuou um estudo sistemático da matéria e apresentou-a em sua obra *Volkerrecht und Landesrecht*, publicada em Leipzig, no final do século XIX, mais precisamente no ano de 1899.

³⁹RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *Direito Internacional Público*. 1.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1989, p.10.

Seis anos mais tarde, Anzilotti leva para a Itália a concepção de Triepel e, na cidade de Bolonha, publica seu primeiro estudo sobre o tema intitulado *Il Diritto Internazionale nei giudizi interne*. Apresenta a doutrina exposta por Triepel, divergindo de seu inspirador em pontos importantes, como ao admitir a possibilidade de o Direito Internacional ser aplicado pelo Direito Interno, em alguns casos, sem a denominada *transformação*.

A denominação *dualismo*, utilizada com a finalidade de intitular esta teoria, só foi dada em 1914, por Verdross. O termo teve acolhimento universal devido à conveniência de sua utilização, e, em 1923, foi aceita por Triepel.

Os estudiosos filiados a esta corrente são numerosos,⁴⁰ especialmente na Itália onde a teoria dualista teve vários seguidores, e ainda hoje, encontram-se, em páginas atuais, calorosos pronunciamentos em defesa dos seus fundamentos.

§2º- EXPOSIÇÃO DA TEORIA

Os dualistas consideram o Direito Internacional e o Direito Interno como dois sistemas de direito rigorosamente

⁴⁰Pode-se citar dentre outros Dionisio Anzilotti, K. Strup, Lassa Francis Lawrence Oppenheim, Gustav Adolph Walz, Giulio Diena, T. Perassi, Giorgio Baladore Palliere, Franz Von Liszt.

independentes, distintos, que não se confundem jamais. Há uma incomunicabilidade entre eles, e a validade jurídica de uma norma própria do Direito Interno não depende de sua sintonia com o Direito Internacional. Cada uma das ordens jurídicas retira sua expressão de si mesma.

Partem os dualistas da concepção de que o Direito Internacional e o Direito Interno são, nos dizeres de Triepel, "noções diferentes" e, em consequência, apregoam que as duas ordens jurídicas podem ser independentes entre si, não possuindo qualquer área em comum.⁴¹

Conclui Triepel que os dois sistemas jurídicos são distintos, não se superpõem jamais, não podem "concorrer" e não influem juridicamente um no outro.⁴²

Argumentam que a distinção entre eles está atrelada às relações sociais, pois o Direito Internacional disciplina as relações entre Estados, enquanto no Direito Interno as normas têm por finalidade regulamentar relações entre indivíduos, ou entre eles e o Estado.

Consideram a fundamentação do Direito Internacional dependente da vontade comum e autônoma de vários Estados, manifestada expressamente nos tratados, e tacitamente nos

⁴¹Apud MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito Internacional Público*. 10.ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro : Editora Renovar, 1994, p.97.

⁴²Apud VALADÃO, *op. cit.*, p.52.

costumes. O Direito Interno depende apenas da vontade unilateral e soberana de cada Estado.

Advertem que a ordem externa não cria obrigações para os indivíduos, apenas para os Estados, a menos que suas normas passem a fazer parte do Direito Interno.

Para Triepel o tratado *"não é um meio em si de criação do Direito Interno"*. Ele é *"um convite ao Estado para um ato particular de vontade do Estado, distinto de sua participação no desenvolvimento jurídico internacional"*.

Os ordenamentos jurídicos internos e externos são independentes e separados, por possuírem fundamentos de validade e destinatários distintos. Enquanto as normas do Direito Internacional são produzidas segundo um processo internacional, obrigando tão somente as comunidades soberanas, o direito estatal considera a Constituição como sendo a única fonte capaz de gerar direitos e deveres para os indivíduos.

Apoiam-se em questões de fato, alegando que a estrutura das ordens jurídicas é distinta, uma vez que as instituições destinadas à realização coercitiva do direito - tribunais e órgãos executivos - só existem, em caráter permanente, na ordem interna. Argumentam a validade das normas internas internacionalmente irregulares, já que as leis nacionais

conservam sua força obrigatória nessa ordem, ainda quando estejam em oposição às regras de Direito Internacional.⁴³

Caracterizam a ordem interna como possuidora de um sistema de subordinação, em contraste com a ordem internacional, cujo sistema é considerado de coordenação.

Resulta da autonomia absoluta das duas ordens a denominada "teoria da incorporação". Segundo ela, a norma internacional somente poderá ser aplicada à vida interna do Estado, após ser "transformada" em ordem interna, através de sua incorporação ao direito nacional.⁴⁴

A "teoria da incorporação" - também denominada de "mediatização"⁴⁵ - traz como consequência prática a impossibilidade de existirem conflitos entre normas de Direito das Gentes e de Direito Interno.

Para que uma regra de Direito Internacional seja válida na ordem interna é necessário que ela seja *internalizada*, ou melhor, seja *transformada* em Direito Interno.

Assim sendo, poderá ser mantida ou modificada, ou até mesmo ab-rogada por uma norma ulterior, mesmo que essa

⁴³ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. 3.ed. aument. y correg. de la versión castellana, con notas y bibliografía adicionales, por Fernando Gimenez Artigues. Barcelona : Ediciones Ariel, 1966, p.10.

⁴⁴MELLO, *op. cit.*, p.98.

⁴⁵RUSSOMANO, *op. cit.*, p.34.

ocorrência possa dar causa à responsabilidade do Estado na ordem jurídica externa.

Autores dualistas qualificam de "recepção" ou "reenvio com recepção" a reprodução de normas internacionais na ordem interna: semelhante transformação muda o valor formal, o destino e o conteúdo da norma. Os tribunais nacionais julgam apenas com base no Direito Interno e quando invocam uma norma externa é porque a mesma se transformou em norma de Direito Interno.⁴⁶

Segundo os dualistas, não há que se falar em conflitos entre as duas ordens jurídicas, uma vez que não há norma em um sistema que emane do outro. É necessário haver o "reenvio" ou "recepção". Os tribunais nacionais só poderão julgar de acordo com o Direito Interno, sem levar em conta as normas internacionais.

Do ponto de vista do Direito Internacional, o Direito Interno pode ser necessário, indiferente ou lícito. Como os órgãos estatais devem agir de acordo com o estabelecido na ordem interna, seus atos podem estar conforme o Direito Internacional e o Direito Interno, conforme ao Direito Interno mas não ao Direito Internacional ou ainda, conforme ao Direito Internacional mas não ao Direito Interno.

⁴⁶ROUSSEAU, *op. cit.*, p.11.

§3º - CRÍTICAS À TEORIA DUALISTA.

São inúmeras as críticas feitas ao posicionamento dualista. De início, consideram os opositores que os argumentos utilizados pelos dualistas não são decisivos, pois não conseguem provar que as duas ordens jurídicas tenham origem, conteúdo e destinação diversa.

Argumenta-se que a distinção efetuada acerca das fontes das normas internas e externas não é correta.⁴⁷ O Estado não cria normas, elas nascem do convívio social, não importando se interno ou externo. O Estado apenas lhes dá a forma pela qual o direito se revela e se impõe.

A tese do dualismo, assentando-se na concepção teórica e formal das relações de sistema, sustenta o ponto de vista segundo o qual cada ordem jurídica deve possuir o exclusivo controle de suas próprias fontes. Esta postura coloca-se em contradição com a prática, e hoje em dia, pode-se considerar abandonada.⁴⁸

⁴⁷"... se produce así una 'confusión entre el origen de la norma y sus factores de expresión'". (G. Scelle). Apud ROUSSEAU, *op. cit.*, p.11.

⁴⁸VISSCHER, Charles de. *Teorias y realidades en Derecho Internacional Público*. Barcelona : Bosch Casa Editorial, 1962, p.275.

Ademais, as idéias defendidas pelos dualistas acham-se em contradição com o Direito Internacional positivo: se as obrigações internacionais são contraídas fundamentadas em uma Constituição, toda mudança nela ocorrida, deveria significar a caducidade dos tratados. No entanto, não é isso que a prática internacional está a mostrar, pois, as modificações nas Cartas Magnas dos Estados não alteram a validade dos tratados concluídos. Isso se explica pelo princípio da continuidade ou da identidade do Estado. A fragilidade da doutrina dualista expõe-se ao desconhecer este princípio básico.

Perigosa, também, a doutrina dualista, no entender de Haroldo Valladão,⁴⁹ por admitir valor jurídico a um Direito Interno contrário ao Direito Internacional.

A dissociação das ordens jurídicas foi combatida eficazmente por Duguit, ao colocar o direito acima dos indivíduos e do Estado, em virtude da consciência da solidariedade social.

Até por uma questão de lógica, não é fácil admitir-se que possam conviver duas ordens jurídicas divergentes entre si, tornando-se, ao mesmo tempo, obrigatórias para o mesmo Estado, simplesmente, por uma encontrar-se no âmbito interno e a outra no âmbito externo.

⁴⁹VALLADÃO, *op. cit.*, p.52.

Ainda, casos há em que a norma de um tratado produz efeitos no território do Estado, incidindo diretamente, sem ser recepcionada pelo direito nacional, ou nele "transformada", o que contraria a afirmativa da necessidade de incorporação do tratado à ordem interna.

A par disso, constata-se que o Direito Internacional consuetudinário é aplicado pelos tribunais internos sem que tenha ocorrido alguma "transformação" ou "incorporação" ao Direito Interno.

O Estado é, ao mesmo tempo, sujeito do Direito Internacional e criador do Direito Interno. Com a finalidade de cumprir seus compromissos internacionais, fica obrigado a conformar seu Direito Interno às normas externas por ele adotadas. No entanto, a sanção imposta pelo descumprimento dessa obrigação é muito inconsistente: ao criar o Direito Interno, sem levar em consideração o direito externo, a validade das normas não será afetada de modo algum, tendo, apenas, como consequência a responsabilidade internacional.

Verifica-se, na prática, que o homem também é sujeito internacional, existindo inúmeros direitos e deveres a ele outorgados, diretamente, pela ordem internacional.⁵⁰

⁵⁰MELLO, *op. cit.*, p.98

A teoria dualista, como criticou Haroldo Valladão,⁵¹ ao assegurar a plena independência do Direito Interno, chegava aos absurdos de negar caráter jurídico, quer ao Direito Internacional, quer aos direitos estrangeiros, impossibilitando a limitação da ordem interna pela internacional e condicionando a vigência das normas internacionais, dentro do Estado, ao processo de transformação.

SEÇÃO III

TEORIA MONISTA

§ 1º - EXPOSIÇÃO DA TEORIA

Em posição diametralmente oposta ao dualismo, encontra-se a concepção monista, uma teoria, cuja característica primordial é a de negar a existência de duas ordens jurídicas independentes, válidas cada uma, exclusivamente, em sua órbita.⁵²

⁵¹VALLADÃO, *op. cit.*, p.54.

⁵²MELLO, *op. cit.*, p.94.

O monismo parte do pressuposto da unidade do conjunto das normas jurídicas. Sustenta a existência de um bloco único de regras, integradas num vasto sistema normativo.

Há um só mundo jurídico, coordenado, eficaz, regendo o conjunto das atividades sociais dos indivíduos e das coletividades.⁵³

Aceita a tese fundamental de que o direito é um só, quer se apresente nas relações de um Estado, quer nas relações internacionais.

O ponto alto das idéias unitaristas é atingido com as lições de Kelsen, ao identificar o Estado com o Direito e sustentar que cada norma se valoriza por uma outra superior.⁵⁴

Para Hans Kelsen,⁵⁵ uma única ordem jurídica é disciplinada pelo Direito Interno e pelo Direito Internacional, partindo da crença de que ambos emanam de uma única fonte: a NORMA FUNDAMENTAL ou HIPOTÉTICA, fundamento básico do Direito.

De acordo com os ensinamentos de Rezek, voltam-se os monistas, em especial os Kelsianos,

⁵³BOSON, *op. cit.*, p.138.

⁵⁴Apud VALLADÃO, *op. cit.*, p.53.

⁵⁵ROUSSEAU, *op. cit.*, p.13.

"...para a perspectiva ideal de que se instaure um dia a ordem única, e denunciaram, desde logo, à luz da realidade, o erro da idéia de que o Estado soberano tenha podido outrora, ou possa hoje, sobreviver numa situação de hostilidade ou indiferença frente ao conjunto de princípios e normas que compõem o direito das gentes." ⁵⁶

Ao contrário dos dualistas que consideram o Direito Interno e o Direito Externo como dois compartimentos estanques e incomunicáveis, os monistas reputam coexistirem ambos os sistemas normativos, havendo uma escala hierárquica entre eles, subordinando o Direito Interno ao Direito das Gentes ou vice-versa.

O princípio norteador do sistema normativo seria o princípio de subordinação, em virtude do qual todas as normas jurídicas se encontram subordinadas entre si, em uma ordem rigorosamente hierárquica. Essa hierarquia fica adstrita, evidentemente, ao ponto de partida adotado por seu intérprete.

§ 2º - VARIANTES ENCONTRADAS

⁵⁶REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público : curso elementar*. 5.ed. rev. e atual., São Paulo : Saraiva, 1995, p.4.

Não obstante a concordância da unidade do Direito Internacional e do Direito Interno defendida pelos monistas, divergem eles quanto aos fundamentos ou pressupostos encontrados, para a defesa dessa mesma unidade.

Tecer maiores comentários acerca dessas variantes, foge do escopo de nosso trabalho. No entanto, unicamente a título de ilustração, iremos enunciá-las, seguindo a trilha de Gerson de Britto Mello Boson,⁵⁷ que as dispõe em três direções:

- A) monismo jusnaturalista com as variantes teológica, racionalista, psicológica;
- B) monismo lógico, normativista;
- C) monismo histórico.

§ 3º O PROBLEMA DA SUPREMACIA

Aceitar a existência de uma só ordem jurídica, não acarreta a impossibilidade de aceitar a distinção entre o Direito Internacional e o Direito Interno. Com base nesse reconhecimento e, levando-se em conta a hierarquia, os monistas posicionam-se de duas maneiras distintas: uns defendendo a

⁵⁷BOSON, *op. cit.*, p.138.

prevalência do Direito Internacional sobre o Direito Interno, ao passo outros, sustentam a superioridade do Direito Interno.

Aparecem, portanto, dentro da mesma teoria, duas variantes, assim denominadas:

A) monismo com primazia do Direito Interno ou constitucionalista;

B) monismo com primazia do Direito Internacional ou internacionalismo.

Ocorrendo conflito entre as normas, cabe perquirir qual a noema jurídica tida como superior: a estatal ou a internacional. A unidade normativa levará, para um ou outro dos blocos, os respectivos fundamentos de validade, salvo se for estabelecida a igualdade de ambos os sistemas, coordenados por um terceiro, superior aos dois, onde será defendida a tese de que Direito Interno e Direito das Gentes repousam igualitários e coordenados, numa ordem jurídica, comum aos dois, dando-lhes origem e validade.

A) MONISMO COM PRIMAZIA DO DIREITO INTERNO;

Alguns juristas alemães (Zorn, Erich, Kaufmann, Max Wenzel) da *Escola de Bonn*, doutrinadores russos, bem como alguns franceses seguidores do Professor Decenièr-

Ferrandièrre, partem da concepção da unidade do Direito, mas afirmam que o Direito Internacional deriva do Direito Interno.

Os argumentos essenciais invocados pelos adeptos desta doutrina dizem respeito à ausência de uma autoridade supraestatal, uma vez que cabe a cada Estado determinar, livremente, quais as obrigações internacionais pelas quais quer ser responsável, transformando-se em juiz da situação.

Em segundo lugar, no que concerne à sua formação e competência para assinatura, os tratados devem obedecer à Constituição do Estado pactuante, portanto, à ordem interna, o que vem a evidenciar o primado desse mesmo direito.

Logo, consideram o Estado como possuidor de uma soberania absoluta, não estando sujeito a nenhum sistema jurídico que não tenha emanado da sua própria vontade. O Direito Internacional tira a sua obrigatoriedade do Direito Interno, ficando reduzido a um simples *direito estatal externo*. *"Não existem duas ordens jurídicas autônomas que mantenham relações entre si. O DI é um direito interno que os Estados aplicam na sua vida internacional."*⁵⁸.

As justificativas para essa teoria são de duas ordens: *histórica*, pela anterioridade do Estado e, *formal*, pelo

⁵⁸MELLO, *op. cit.*, p.99.

processo de criação das regras jurídicas de Direito Internacional.

O Direito Internacional deriva da legislação interna dos Estados contratantes, tendo, as regras, tantos fundamentos de validade quantos sistemas jurídicos ou Estados participem de sua elaboração.

Desta maneira, o Direito Internacional é válido graças ao Estado, para o Estado e contra o Estado, possuindo a mesma autoridade que qualquer outro Direito dele emanado.

B) MONISMO COM PRIMAZIA DO DIREITO INTERNACIONAL

A segunda vertente do monismo aceita, como a primeira, a unidade do Direito e o princípio da hierarquia entre as normas. No entanto, considera o Direito Interno derivado do Direito Internacional, já que este é tido como uma ordem jurídica hierarquicamente superior.

Seguindo a fórmula kelseniana, o Direito Interno deriva do Direito Internacional e dela extrai a sua condição de obrigatoriedade. Este é o ponto de vista desenvolvido pela Escola Austríaca, na qual incluem-se Kelsen, Verdross, Kunz dentre outros.

Uma norma tem a sua origem e tira a sua obrigatoriedade da norma que lhe é imediatamente superior, encontrando-se no

vértice a :*"grundnorm"*: a norma base ou fundamental, que era uma hipótese, e cada jurista podia escolher qual seria ela. Em um segundo momento, passa a considerar a *"grundnorm"*, uma norma de Direito Internacional: *"pacta sunt servanda"*.

Os monistas concebem o Direito como uma unidade e, conseqüentemente, as normas internacionais e internas como parte integrante do mesmo ordenamento jurídico.

A teoria monista com primado do Direito externo apresenta-se, por sua vez, com duas variantes: o monismo radical e o monismo moderado. No monismo radical, fase inicial, Kelsen sustenta a inexistência de conflitos entre as ordens interna e internacional: uma norma jamais poderia ir de encontro à norma superior, sua fonte e fundamento.

Por influência de Verdross, Kelsen passa a admitir a possibilidade de conflitos entre as duas ordens, substituindo o monismo radical, pelo agora denominado monismo moderado.

O conflito entre o Direito Interno e o Direito Internacional, ao contrário do que alguns autores apregoam, não quebra a unidade do sistema jurídico, da mesma forma que o conflito entre a lei ordinária e a Constituição não altera a unidade do Direito Estatal. Em ambos os casos haverá uma busca de solução, pela prevalência da norma hierarquicamente superior.

O Direito Interno oposto ao Direito Internacional não é nulo, pois havendo o surgimento de uma norma interna contrária ao Direito Internacional, constitui-se, tão só, uma infração podendo ser impugnada pelos procedimentos próprios do Direito Internacional.

§ 4º CRÍTICAS À TEORIA MONISTA.

A teoria monista, com primado do Direito Internacional, também foi alvo de críticas. A principal delas é a de não corresponder à história, desmentindo, assim, a afirmação de que o Direito Interno seria proveniente do Direito Internacional. Os Estados surgiram antes do Direito das Gentes e o Direito Interno precede ao Direito Internacional.

Aos Estados desagrade essa concepção, eis que têm uma convicção em sentido oposto. Nada lhes repugna mais do que a idéia de exercer um poder conferido pelo Direito Internacional.

Essa teoria converte o Direito Interno em uma simples delegação do Direito Internacional. É fato notório, comprovado historicamente, que o Direito Interno antecedeu ao Direito das Gentes.

A afirmação dos monistas da inexistência de autoridade supra-estatal é refutado por Rousseau, alegando só ser válido em relação aos tratados, não se aplicando às demais fontes do Direito Internacional.

Afirmam que a legitimidade e a eficácia dos tratados não dependem da Constituição de cada país, possuindo força própria, pois as normas consuetudinárias as possuem e não derivam de uma expressa manifestação da vontade estatal.

Por outro lado, uma mudança na Carta Magna seria o suficiente para influenciar sobre a eficácia dos tratados, o que na prática não ocorre, nem é admissível pela doutrina.

Criticam o fato de o monismo com primado da ordem externa suprimir toda a distinção entre Direito Internacional e Direito Interno, criando um só direito, denominado *direito universal unificado*.⁵⁹

O monismo esquece alguns elementos formais do direito positivo, em especial, a teoria da ab-rogação automática das normas jurídicas inferiores contrárias.

No tocante à validade pessoal, o Direito Internacional impõe garantias aos estrangeiros, imunidades de agentes diplomáticos e assemelhados, bem como o respeito aos direitos

⁵⁹ROUSSEAU, *op. cit.*, p.14.

básicos e à dignidade da pessoa humana, nos termos de vários acordos e declarações internacionais.

A par disso, o Direito Internacional tem competência ilimitada e restringe o campo dos assuntos sobre os quais pode o Estado legislar, quando não o permite legislar, paralelamente, ou a título supletório.

As relações entre dois ou mais Estados só são possíveis, segundo Kelsen, com o primado da ordem nacional ou da ordem internacional.

De acordo com a primeira, concluir-se-á que acima do Estado, bem como a seu lado, não há nenhuma ordem independente ou autônoma. Para que as relações com os outros Estados possam ser considerados como jurídicas, é necessário serem reconhecidas pelo Estado soberano, e receber as normas dos demais como regras de direito, às quais atribua validade. Isso não seria possível considerando-se como ponto de partida a ordem interna.

O monismo radical não tem existência e, só por afirmação em tese, é que pode ser sustentado. O Direito Internacional não tem interesse em derrogar normas de Direito Interno, desde que por essas não seja afetado.

SEÇÃO IV

TEORIAS CONCILIATÓRIAS

Em verdade, nem a teoria dualista nem a monista ficam isentas de críticas. Vê-se que, cada uma à sua maneira, busca descrever o mesmo fenômeno, partindo de pontos de vista distintos.

A par do dualismo e do monismo, encontramos posições que costumam ser conhecidas como *teorias conciliadoras*, justamente por desempenharem um papel de conciliação entre ambas.

A mais importante delas, vem sendo defendida por autores espanhóis como Antonio de Luna e seus seguidores: Miaja de la Muela, Truyol y Sierra e outros.

Apregoam que a solução para o inter-relacionamento só pode ser encontrada se houver "*um equilíbrio harmônico entre a comunidade internacional e o Estado.*"⁶⁰

⁶⁰MELLO, *op. cit.*, p.101.

Consideram o Estado responsável, internacionalmente, por norma interna violadora do Direito Internacional, ainda que essa norma seja obrigatória para os súditos.

No tocante ao caso de uma norma internacional ter vigência imediata na ordem interna, sustentam não haver necessidade de uma transformação para cada caso concreto, bastando apenas que o legislador efetuasse uma "recepção" geral.

Defendem haver independência entre as ordens jurídicas interna e internacional, estando, ambas, unidas pela idéia de Direito que se impõem, onde quer que o direito seja aplicado. Estes princípios seriam do Direito Natural.

Tanto o *sentimento jurídico* como a *idéia de direito* ou o Direito Natural seriam comuns ao Direito Interno e ao Direito das Gentes, servindo de traço de união.

Afirmam a prevalência do Direito Internacional ao admitirem a responsabilidade internacional do Estado quando seu Direito Interno viola norma internacional.

O direito natural - para alguns o verdadeiro fundamento do Direito Internacional - consiste naqueles enunciados primeiros da justiça, não fornecendo qualquer critério concreto para uma divisão de competências entre as duas ordens jurídicas.

SEÇÃO V

PRÁTICA INTERNACIONAL

As teorias dualista e monista - com suas variantes - não estão claramente consagradas em nenhum ordenamento jurídico.⁶¹

A par disso, a dita prevalência do Direito Internacional sobre o Direito Interno é apenas uma proposição doutrinária: não se encontrando assentada em nenhuma norma convencional, capaz de assegurar tal primado.

Como não há uma centralização na sociedade internacional, cada um dos seus integrantes dita, no que lhe concerne, as regras de composição de conflitos entre o Direito Interno e o Direito das Gentes, da maneira como entende melhor.

⁶¹A jurisprudência internacional não consagra o princípio dualista da recepção. A par disto, não existe norma internacional, segundo a qual um Estado fique obrigado por tratado ratificado de forma inconstitucional. Um tratado pode, sem dúvida, revogar uma lei interna, o que se tornaria impossível num sistema de direito fundado em uma separação absoluta das duas ordens jurídicas. ROUSSEAU, *op. cit.*, p.15.

Nos Estados soberanos, a Constituição nacional posicionada no vértice do seu ordenamento jurídico, determina em que condição aceita internamente os tratados internacionais, e a sua posição frente às demais normas internas.⁶²

Entende-se que não ser fácil para os Estados abrir mão do ideal de segurança e estabilidade de sua ordem jurídica, com vistas a acatar preceito, fruto de seus compromissos externos, como modificador de sua Lei Maior. É natural querer preservar esta superioridade, ainda que por essa atitude possa dar causa a um ilícito, passível de responsabilidade, sob o ponto de vista internacional.

Embora não se conteste a existência do Direito Internacional nem se discuta a ocorrência da intensificação das relações internacionais, são inúmeros os Estados que não possuem disposições constitucionais acerca do assunto, quer pela omissão do constituinte originário, quer por outros motivos. Neles, a aplicação do Direito Internacional pelos Tribunais nacionais se dá em virtude de costume.

No entanto a maioria das Cartas traz, em seu bojo, algum disciplinamento acerca do Direito Internacional. As Constituições dos Estados podem optar, segundo Mirtô Fraga,⁶³ por adotar um dos seguintes critérios:

⁶²REZEK, *Direito Internacional...* p.103.

⁶³FRAGA, Mirtô. *O Conflito entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno : estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica*

- a) adoção global das regras de Direito Internacional pelo Direito Interno, sem estabelecer primazia de uma sobre outra;
- b) adoção global das regras dando supremacia ao Direito Internacional;
- c) adoção da incorporação obrigatória, mas não automática;
- d) submissão do Estado ao Direito Internacional, sem tratar da integração.

Não cabe nesse trabalho uma análise mais delongada acerca dessas práticas. Faremos, tão só, algumas observações, necessárias ao esclarecimento de tópicos, que posteriormente serão aventados.

§1º CLÁUSULA DA ADOÇÃO GLOBAL DAS REGRAS DO DIREITO INTERNACIONAL PELO DIREITO INTERNO

Desde o século XVIII, nos Estados Unidos e Grã-Bretanha vigora o princípio "*The law of Nations is held to be a part of law of the land*", segundo o qual, o Direito Internacional é

equiparado ao Direito Interno. Essa solução repousa no preceito jurisprudencial inglês.

A prática inglesa foi adotada pelos Estados Unidos parcialmente, eis que restrita, tão somente, aos tratados. Consideram os acordos internacionais como parte da lei suprema da nação, prevalecendo sobre a legislação dos estados federados, tal como a lei federal ordinária.

Os tratados firmados constituem "*lei suprema do país*" sendo vedado às Constituições e leis estaduais, contrariá-los. A Carta Magna, no entanto, não soluciona o problema do conflito entre tratado internacional e lei do Congresso.

A despeito do silêncio constitucional, a jurisprudência tem se manifestado no sentido de que lei federal tem primazia sobre o tratado.

Constituições de outros países adotam semelhante posicionamento, como a da Áustria de 01/10/1920, (art. 9º), da Estônia de 15/06/1920, (art. 4º) e da Irlanda 01/07/37, (art. 29, nº 3).

§2º CLÁUSULA DA ADOÇÃO GLOBAL DAS REGRAS DO DIREITO INTERNACIONAL PELO DIREITO INTERNO COM SUPREMACIA DO PRIMEIRO

Em alguns Estados há referências constitucionais, expressas, no sentido de considerar as normas de Direito Internacional, como parte integrante do ordenamento interno, com supremacia hierárquica sobre elas, fazendo nascer para os habitantes direitos e deveres.

Dispuseram dessa forma, as Cartas Magnas da Itália de 1948 (art. 10), da República Federal da Alemanha de 08/05/49 (art. 25) e da Holanda (art. 66).

§3º SISTEMA DE INCORPORAÇÃO OBRIGATÓRIA MAS NÃO AUTOMÁTICA

A incorporação das regras internacionais também pode ser feita de forma obrigatória, sem ser automática. Ocorre quando há a necessidade de um ato legislativo posterior à celebração do tratado. A incorporação, todavia é obrigatória, constitucionalmente, embora necessitasse para se efetivar-se, de posteriores leis ou atos legislativos.

Configura-se em uma ordem direcionada ao legislador ordinário, para que traga à legislação interna, regras do Direito Internacional. Em alguns Estados, o simples Decreto de promulgação preenche o requisito, havendo, em outros a necessidade de editar-se leis para o cumprimento do pacto realizado com outros países.

A incorporação do acordo ao ordenamento jurídico interno, pois, efetuar-se-á por meio de uma lei ou de um Decreto, em que se declara ter o tratado força de lei.

§4° CLÁUSULA QUE, SUBMETENDO O ESTADO AO DIREITO INTERNACIONAL, NÃO TRATA DA INTEGRAÇÃO DESTE NO DIREITO INTERNO

A Constituição Francesa de 1946, submeteu o Estado ao Direito Internacional, sem regular suas relações com o Direito Interno.

Embora vaga e imprecisa, não impediu a aplicação das regras de Direito da Gentes, pelos tribunais.

§5° TENDÊNCIA ATUAL

A jurisprudência internacional revela nítida tendência, acentuada a cada dia, no sentido de adotar a tese do primado do Direito Internacional sobre o Direito Interno.

A doutrina da Corte Internacional de Justiça tem sido invariável ao reconhecer o caráter preeminente do Direito

Internacional. A Corte Permanente Internacional de Justiça, em parecer de 1930, declarou:

"É princípio geralmente reconhecido, do Direito Internacional, que, nas relações entre potências contratantes de um tratado, as disposições de uma lei interna não podem prevalecer sobre as do tratado."

O artigo 27, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, adotou a mesma regra: *"Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o inadimplemento de um tratado."*⁶⁴

Na Convenção sobre Direito dos Tratados (1969), repetiu-se o preceito acima, em seu artigo 46.

Os Estados, em regra, cumprem as normas de Direito Internacional e, em alguns casos, pretendem a sujeição dessas ao Direito Interno, por questão ligada à soberania, ou mesmo por um excesso de nacionalismo.

⁶⁴LITRENTTO, Oliveiros. *Direito Internacional Público em textos*. 2.ed., Rio de Janeiro : Editora Forense, 1985, p.181.

CAPÍTULO III

CELEBRAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

O procedimento de conclusão dos tratados está em plena evolução, devido às exigências de celeridade em seu aperfeiçoamento, impostas pelas atuais relações entre Estados. O modelo do passado já não atende à realidade atual, e, algumas modificações já foram propostas e efetuadas.

Um tratado em vigor é resultado de uma série de atos sucessivos, cuja realização faz parte de um procedimento amplo e complexo. Os fatores determinantes dessa complexidade são: acomodação de interesses entre os intervenientes, a dificuldade da matéria que constitui seu objeto e o grande número de partícipes⁶⁵.

Descreveremos, neste capítulo, a mecânica de conclusão dos acordos.

⁶⁵BROTOS, Antonio Remiro. *Derecho Internacional Público. II. Derecho de los Tratados*. Madrid Editorial Tecnos, 1987, p.69.

SEÇÃO I

PROCESSO DE CELEBRAÇÃO DOS TRATADOS

Falar da celebração dos tratados é tratar do conjunto de atos, mediante os quais se concebe, gesta e nasce um tratado internacional.

Vários caminhos são percorridos até que um acordo esteja apto a entrar em vigor, ou melhor, até que a norma convencional nasça, obrigando, tanto na órbita externa como na interna.⁶⁶

O estudo da gênese dos tratados é o estudo do processo legislativo, no plano do Direito Internacional. Para a conclusão de todos os atos jurídicos existe um procedimento, e não poderia ser diferente, no caso dos tratados. Um pacto é elaborado, ao menos analiticamente, em duas fases distintas.

⁶⁶ "Em sentido estrito, os tratados possuem uma conclusão mediata com as seguintes fases: negociação, assinatura, ratificação, promulgação, registro e publicação, e existe neles uma unidade de instrumento jurídico. Os acordos em forma simplificada têm uma conclusão imediata: negociação e assinatura e, geralmente, mas nem sempre, há uma 'pluralidade de instrumentos jurídicos'. ...Em conclusão, podemos afirmar que os tratados em sentido estrito são aqueles submetidos à ratificação após terem sido aprovados pelo Poder Legislativo." MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 10.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro : Editora Renovar, 1994, p.188.

A primeira, denominada de *fase inicial*, abrange o processo de negociação que, obtendo êxito, será sucedida pela adoção e autenticação do texto.

A *fase final* da celebração, abarca o processo de estipulação ou conclusão em sentido estrito, decompõe-se em dois momentos distintos: manifestação de vontade do sujeito em obrigar-se, e aperfeiçoamento dessa vontade.

§ 1º NEGOCIAÇÃO

Negociar é participar da elaboração do texto de um tratado, propondo, discutindo, contra-ofertando ou aceitando propostas para as cláusulas que hão de compô-lo.⁶⁷

O tratado internacional é um ato complexo,⁶⁸ e como tal, conclui-se após ter sido objeto de um procedimento também complexo. Equipara-se à lei, no Direito Interno, e só se aperfeiçoa, mediante o emprego de um determinado procedimento, regulado pelo uso.

⁶⁷BROTOS, Antonio Remiro. *Derecho Internacional Público. II. Derecho de los Tratados*. Madrid Editorial Tecnos, 1987, p.72.

⁶⁸"Logo, os tratados internacionais demandam, para seu aperfeiçoamento, um ato complexo onde se integram a vontade do Presidente da República, que os celebra, e a do Congresso Nacional, que os aprova, mediante decreto legislativo." PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. s.ed. São Paulo : Editora Max Limonad, 1996, p.79

A negociação desenvolve-se dentro de modalidades variadas, que podem ser reduzidas a duas espécies básicas, tomando-se como base o número de contratantes envolvidos. Havendo a participação de apenas dois Estados, as negociações desenvolvem-se em conversações diretas e de uma forma mais simples.

Quando são vários os Estados partícipes na negociação, tem-se, em geral, uma conferência internacional ou um congresso.⁶⁹

No período de negociação, há conversa em níveis variados, envolvendo "experts", membros de comitês especializados e chefes de delegações. Esses encargos, no mais das vezes, são desempenhados por funcionários do Ministério das Relações Exteriores ou equivalente.

A conversação ocorre na esfera administrativa e não raro, requer a intervenção de membros do Governo do Estado, sobretudo ao tratar-se de assuntos mais complexos, ou que envolvam questões políticas mais delicadas.

A) INICIATIVA

⁶⁹ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. 3.ed. aument. y correg. de la versión castellana, con notas y bibliografía adicionales, por Fernando Gimenez Artigues. Barcelona : Ediciones Ariel, 1966,. p.28.

Quando dois ou mais Estados desejam iniciar a fase de negociação, não há dispositivo, ainda que costumeiro, a ser seguido. Todo procedimento deixa-se reger pelo acaso, pelo juízo de valor da conveniência.⁷⁰

Nos tratados bilaterais, o convite à negociação é feito, quase sempre, por meio de nota diplomática enviada de uma parte à outra. A iniciativa também pode partir de um terceiro país, denominado Estado mediador ou mero prestador de bons ofícios, sugerindo aos países pactuantes, a resolução de assuntos controvertidos, por meio da celebração de um pacto.

Nos acordos coletivos, a negociação efetua-se através de conferência diplomática internacional, voltada para a feitura de um ou mais tratados. A iniciativa pode ser de um grupo de Estados, de uma organização internacional, ou ainda, de um Estado isolado possuidor de interesse na matéria a ser discutida.

B) LOCAL

Embora não haja predeterminação do local da negociação, a prática tem demonstrado que ela se efetua, por motivos lógicos e econômicos, no território de um dos contratantes, mais especificamente, na capital do país.

⁷⁰REZEK, José Francisco. *Direito dos Tratados*. 1.ed. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 1984, p.186.

No entanto, não é incomum que ocorra em território de outro Estado interveniente, em especial, quando certas circunstâncias, tais como clima de animosidade ou desconfiança recíproca, existam. A opção por um cenário neutro, nesses casos, é oportuna.

Tratando-se de organizações internacionais o local da sede equivale à capital.

C) IDIOMA

A negociação conduz, naturalmente, à elaboração de um texto escrito - o tratado - já que, atualmente, não se vêem acordos firmados em forma oral, coisa comum em outros tempos. Torna-se imperativo a escolha de um idioma, tanto para a fase das negociações, como para o documento que registrará o seu resultado. O idioma escolhido para a discussão não é, necessariamente, o mesmo no qual versará o texto do tratado.

Durante longos anos o latim serviu a tal propósito. Após o século XVIII até o século XIX, o francês⁷¹ foi

⁷¹"La elección de esta lengua (que en el pasado fue frecuentemente el latín) recaía, desde el siglo XVIII, casi exclusivamente en el francés, y ello en razón de las condiciones técnicas propias de este idioma (claridad, precisión, lógica y construcción directa). La mayoría de los tratados importantes concluidos desde entonces se redactaron exclusivamente en francés; pero en la actualidad esta práctica parece haber desaparecido casi por completo." ROUSSEAU, op. cit., p.29.

utilizado, preferencialmente, na feitura dos tratados, sem contudo, ter sido considerado como língua internacional.

A eleição do idioma ocasiona algumas dificuldades por não haver uma língua universal, ou uma língua geralmente adotada para as relações exteriores.

Se os dois pactuantes fizerem uso do mesmo idioma, o normal é a sua escolha para a lavratura do texto do tratado, que assim possuirá apenas uma versão autêntica.

Sendo o idioma nativo das partes distinto, como ocorre no mais das vezes, o diálogo poderá ter curso na língua de um terceiro, que maior comodidade ofereça. Nesse caso, pode o texto ser lavrado em uma, em duas, ou ainda, em mais de duas versões autênticas, assegurando-se à apenas uma, o privilégio para a interpretação.

D) CAPACIDADE PARA FIRMAR TRATADOS

Cumpra analisar quem tem personalidade jurídica de direito público e, conseqüentemente, pode ser parte nos tratados.

No tempo das monarquias absolutas, os soberanos, senhores dos Estados, eram capazes para celebrar tratados, eis que eram eles considerados sujeitos de Direito Internacional.⁷²

Seu comprometimento revestia-se de caráter pessoal, sendo esta personalização de tal monta, que muitos tratados estipulavam o seu tempo de vigência, condicionado ao tempo de vida dos monarcas.⁷³

Mudanças dignas de nota ocorreram após a independência dos Estados Unidos da América (1776) que proclamou o direito dos povos de dispor de si mesmos. A posterior Revolução Francesa (1789), substituindo o princípio da legitimidade dinástica pelo da legitimidade democrática, consubstanciou tal entendimento.

Com a transferência da soberania do monarca para o povo, as relações jurídicas passaram a ter como protagonistas os povos, constituídos em Estados, que se tornaram os sujeitos do Direito Internacional por excelência.

⁷²A vontade do monarca tinha pouquíssimos limites ou restrições, pois o soberano personalizava o país, era a própria encarnação da vontade nacional, e seus atos individuais eram plenamente suficientes para gerar obrigações. O fundamento de tais poderes consubstanciava-se no conceito teocrático do direito divino, que tinha sua origem no princípio de que toda autoridade procede de Deus, atuando os soberanos, como titulares de poderes ilimitados. MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. *O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais*. Porto Alegre : L&PM Editores, 1983, p.24.

⁷³MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. *O Poder de Celebrar Tratados*. s.ed. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p.188.

Apenas os Estados soberanos poderiam ser sujeitos de Direito Internacional, com exclusividade. Hoje, outras entidades não possuidoras de bases territoriais e sem dimensão geográfica, ostentam também a personalidade jurídica de Direito das Gentes, porque habilitadas à titulariedade de direitos e deveres internacionais.

Já não se faz necessário, no Direito Internacional como também em outras áreas, que os sujeitos de direitos possuam idêntica natureza e idênticas potencialidades. Desta forma, as organizações internacionais possuem personalidade jurídica, dita derivada, por resultar da vontade conjugada de certo número de Estados.

A capacidade para celebrar tratados é concedida a todos os Estados, em virtude de sua soberania, eis que esta é uma manifestação capital da personalidade jurídica internacional.⁷⁴

Não possuem personalidade jurídica de Direito Internacional nem as empresas, quer sejam privadas ou públicas, nem os indivíduos, embora existam inúmeros textos internacionais que buscam a sua proteção.

E) COMPETÊNCIA PARA FIRMAR TRATADOS

⁷⁴ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. v.1. 2.ed. Rio de Janeiro : Ministério das Relações Exteriores, 1956, p.560-561.

"O estudo da celebração dos tratados pressupõe cuidadosa distinção entre a **capacidade dos Estados para celebrar tratados** (um dos predicados da capacidade internacional, freqüentemente denominado por juristas de várias nacionalidades pelo nome inglês de **treaty-making capacity**) e a competência dos poderes constituídos do Estado para formar e declarar a vontade estatal em assumir compromissos internacionais (**competência para celebrar tratados**, chamada assiduamente pelos doutrinadores de **treaty-making power**)."⁷⁵ (grifos no original)

A Convenção de Viena de 1969, em seu artigo 6º, prescreveu que "Todo Estado tem capacidade para concluir tratados".

A capacidade de para celebrar tratados decorre da qualidade de sujeito do Direito das Gentes, e consiste em uma manifestação da personalidade jurídica internacional.⁷⁶

No entanto, os Estados não possuem vontade própria no sentido fisiológico e psicológico das palavras: sua vontade é expressa por indivíduos, chamados a agir na qualidade de órgãos do Estado, nos termos de sua Constituição e de suas leis. Os

⁷⁵MEDEIROS, *O Poder de Celebrar...* p.136.

⁷⁶REZEK entende que a soberania não é pressuposto da capacidade para celebrar tratados. *Direito dos Tratados...* p.28.

atos praticados por esses indivíduos são atos do próprio Estado.⁷⁷

"Ao agir por meio desses órgãos, o Estado não se apresenta como pessoa incapaz, que precisa da intervenção de outras pessoas para praticar atos jurídicos válidos, mas como pessoa plenamente capaz, no exercício de sua capacidade internacional.

*Os órgãos que agem em nome do Estado não são tidos como capazes de agir no lugar do Estado, mas competentes para agir pelo Estado."*⁷⁸

Desde as origens, a noção de capacidade internacional esteve ligado à noção de soberania, ao passo que a competência foi tida, durante séculos, como um privilégio pessoal dos Príncipes Soberanos.

Entende-se, desta forma, o porquê dos antigos juristas e filósofos terem tido a tendência a confundir a capacidade do Estado para celebrar tratados, com a competência do Soberano para formar e declarar a vontade estatal em contrair compromissos externos.

O Monarca possuía poder absoluto no âmbito interno, fazendo dele Soberano absoluto no setor externo, não se

⁷⁷MEDEIROS, *O Poder de Celebrar...* p.137.

⁷⁸*Ibid.* p.137.

admitindo nenhum poder terreno capaz de sobrepor-se à sua vontade.

Apenas a capacidade era mencionada pelos autores antigos e, em termos vagos. A competência aparecia esporadicamente em algumas obras, assim mesmo, vinculada a tipos específicos de tratados.

Foi só a partir da obra de Samuel Von Pufendorf *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*, publicada em 1672, que os juristas passaram a separar a faculdade de celebrar tratados da faculdade do Soberano de fazer a guerra e celebrar a paz.

A Henry Wheaton coube o mérito de, em sua obra *Elements of International Law*, estabelecer a clara distinção entre a capacidade internacional do Estado e a competência dos poderes constituídos do Estado para celebrar tratados. O exercício da competência, pela suprema autoridade do Estado, tornou-se a consequência de uma delegação de poder, pela nação.

A Constituição de cada nação deve determinar em quem repousa o poder de negociar em nome do Estado. Sabendo-se que todo Estado soberano tem capacidade para celebrar tratados, bem como as organizações internacionais, resta verificar quem está habilitado a agir em nome daquelas personalidades jurídicas, à hora do procedimento negocial.

Os tratados afetam, tanto o Direito Interno quanto o Direito Internacional, de forma que a determinação dos órgãos competentes para concluí-los, causou muita polêmica. Alguns autores consideram-no assunto pertinente à ordem interna (Vattel), ao passo que a maioria dos doutrinadores alemães, seguindo os passos de Gnest, admitem ser assunto afeito ao Direito Internacional.

Contrariamente ao *treaty-making power*, cuja disciplina encontra-se estatuída no Direito Público Interno dos Estados, sua representatividade no exterior, é matéria de Direito Internacional, sedimentada por procedimentos costumeiros, e hoje, disciplinada pela Convenção de Viena.

A competência para declarar a vontade do Estado em obrigar-se pertence ao Poder Executivo de cada Estado, sendo atribuída ao Chefe de Estado, de forma geral, e aos Ministros, de forma limitada.

Na grande maioria dos países, a Constituição exige a convergência das vontades do Executivo e do Legislativo para a formação dessa vontade, sendo raro encontrar-se competência atribuída tão somente ao Legislativo.

A tendência das últimas décadas é atribuir-se ao Executivo a competência para declarar a vontade do Estado, e atribuir-se a competência para formá-la, ao Executivo e ao Legislativo. A participação do Legislativo restringe-se a

aprovar, ou todos os tratados enumerados como necessários pela Constituição, ou a aprovar todos, exceto os por ela dispensados.

Muitos Estados abriram mão do consentimento do Legislativo em alguns tipos de atos internacionais, simplificando o processo de celebração. É o que ocorre com os *executive agreements*, mais adequadamente chamados de *acordos em forma simplificada*. O motivo desse proceder deve-se, não apenas à pouca importância de alguns atos internacionais, que fazem parte das rotinas diplomáticas, como também da necessidade de imprimir celeridade às suas relações exteriores, muitas vezes prejudicadas pela morosidade legislativa.

Atualmente, os acordos em forma simplificada são em grande número e, em alguns casos, ultrapassam o número de tratados em forma solene.⁷⁹

§2º ASSINATURA

⁷⁹"Os acordos em forma simplificada continuam a ser celebrados pelo Governo brasileiro, sem que a vigência da Constituição de 1988 em nada tenha alterado a prática do Itamaraty.

Entre 5 de outubro de 1988 (data da promulgação da nova Lei Suprema) e 31 de dezembro de 1993, mesmo período de 5 anos e 3 meses em que 185 tratados foram apreciados pelo Congresso Nacional, o Governo celebrou 182 acordos em forma simplificada, número obtido através de pesquisa efetuada no Diário Oficial da União." Ibid. p.431.

Na prática da negociação, chegando-se a um consenso, há necessidade de reduzir-se a termos os pontos acordados. Essa determinação pode operar-se de duas formas: *não solene* ou *solene*. Escritos os tópicos objeto do acordo, é necessário assiná-los, indicando que o tratado é autêntico e definitivo.

No Direito Internacional, o ato da assinatura do tratado é parte do processo de negociação, que envolve a adoção e autenticação do tratado, não gerando, por si só, obrigações. Consiste em mera aquiescência do Estado com relação à forma e conteúdo final do tratado.⁸⁰

Nem sempre a assinatura é feita de imediato, pelas pessoas dotadas de competência para a negociação, embora essa seja a forma mais comum. Às vezes, intercala-se uma formalidade denominada rubrica, ou assinatura abreviada, ficando o texto à espera da assinatura.

Essa é, pois, a forma que põe termo a uma negociação - quase sempre bilateral - fixando e firmando o compromisso, exteriorizando o consentimento das pessoas jurídicas do Direito das Gentes. Após a assinatura, não há perspectiva de alteração no texto.

Quando os negociadores acham-se investidos de plenos poderes, eles próprios poderão assinar o tratado. Em caso

⁸⁰PIOVESAN, *op. cit.*, p.77.

contrário, apenas aporão sua rubrica, até que seja assinado por quem tenha competência para tal. Em geral, o lapso de tempo entre a rubrica e a assinatura é pequeno, levando, em média, poucas semanas para ocorrer.

A assinatura já foi tida como um ato da máxima importância, eis que obrigava o soberano a necessariamente ratificar o tratado, salvo se o negociador agisse com excesso de poder. Essa importância diminuiu na atualidade.⁸¹

A depender da forma que tomar o tratado, a assinatura produz efeitos distintos. Sendo um acordo em forma simplificada, o compromisso do Estado passa a ser obrigatório pela simples assinatura, a qual é efetuada, no mais das vezes, pelo Ministro das Relações Exteriores.⁸² Nos tratados propriamente ditos, a obrigatoriedade dar-se-á em momento

⁸¹ "Aréchaga é quem melhor mostrou a importância da assinatura, que pode ser resumida nos seguintes fatores:

- a) autentica o texto do tratado;
- b) atesta que os negociadores estão de acordo com o texto do tratado;
- c) os dispositivos referentes ao prazo para a troca ou depósito dos instrumentos de ratificação e a adesão são aplicados a partir da assinatura;
- d) os contratantes 'devem se abster de atos que afetem substancialmente o valor do instrumento assinado'. A Convenção de Viena (art. 18, b) abre uma exceção para a obrigação de uma parte 'não frustrar o objeto e finalidade de um tratado', que é a de que a 'entrada em vigor do tratado' não tenha sido 'retardada indevidamente'. Maresca assinala que nos tratados bilaterais uma parte que tenha assinado o tratado e este não tenha entrado em vigor pode praticar atos contrários ao tratado, desde que após a assinatura comunique previamente ao outro contratante que não mais concorda com o que ele assinara;
- e) a assinatura pode ter valor político;
- f) pode significar que o Estado reconhece as normas costumeiras tornadas convencionais. Apud MELLO, op. cit., p.189-190.

⁸² MELLO, op. cit., p.189-90.

posterior e, em alguns, como as convenções internacionais do trabalho, não são sequer assinados.

Uma nova prática, denominada assinatura diferida, passou a existir nos dias atuais, que consiste em dar um prazo maior para a assinatura do tratado, com o objetivo de permitir figurar, como partes contratantes originárias, Estados não participantes das negociações.

Pela adoção dessa prática, a assinatura tem-se tornado muito semelhante à adesão, no entanto, na assinatura diferida ocorre a ratificação que pressupõe uma assinatura. Esses dois institutos acabam por se confundir, em virtude da amplitude que é dada à assinatura diferida, e a prática internacional, cada vez mais difundida, da adesão ser dada sob reserva de ratificação.⁸³

§3º RATIFICAÇÃO

A troca de ratificação ou o seu depósito dá força obrigatória aos tratados. Antes deste procedimento, os acordos são vistos, apenas, como uma mera promessa sob condição.

⁸³MELLO, *op. cit.*, p.190.

Apesar de a assinatura precisar o conteúdo da vontade dos Estados, ela não é suficiente, por si só, para tornar obrigatória a regra de direito formulada no tratado. Só através da ratificação é que a força obrigatória será adquirida.

Na visão de Rebecca Wallace:⁸⁴ *"A simples assinatura pode ser suficiente para obrigar os Estados. Mas, freqüentemente, a assinatura ad referendum é exigida, por exemplo, quando a assinatura fica sujeita a ratificação posterior. Embora não apresente efeito jurídico, o ad referendum expressa uma aprovação política, bem como a obrigação moral de ratificação."*

No entanto, um Estado deve abster-se, desde o momento da assinatura do tratado, da prática de atos capazes de frustrar o objeto e finalidade do que foi acordado e assinado.

A) DEFINIÇÃO

Pela definição proposta por Sette Câmara a ratificação

"...é o ato pelo qual a autoridade nacional competente informa às autoridades correspondentes dos Estados cujos plenipotenciários concluíram, com os seus, um projeto de tratado, a aprovação que dá a este projeto e que o faz doravante um tratado obrigatório

⁸⁴International law. Apud PIOVESAN, Flávia. op. cit., p.78.

para o Estado que esta autoridade encarna nas relações internacionais".⁸⁵

Tendo em vista que os interesses regulados pelos tratados são, freqüentemente, importantes e complexos, reserva-se uma oportunidade para apreciação global de cada tratado.⁸⁶

Tratados, e só eles, são submetidos a um procedimento de ratificação após a sua assinatura, por meio da qual o Estado afirma a sua vontade de obrigar-se.

Com o passar do tempo, houve uma alteração no sentido da ratificação, inicialmente significativa do controle do mandato pelo mandante. Passa, hoje, a possuir duplo sentido: o de conceder um prazo suplementar de reflexão, antes de subscrever definitivamente um compromisso, e, sobretudo, o de permitir a cada Estado que reúna, para essa formalidade, o concurso dos órgãos não partícipes da negociação, essencialmente as assembleias políticas.

B) IMPORTÂNCIA

⁸⁵ A definição é de Dehousse, com as correções efetuadas por Sette Câmara. *Apud MELLO, op. cit., p.190.*

⁸⁶BRIERLY, J. L. *Direito Internacional*. 4.ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, p.327.

Atualmente a ratificação tem perdido sua importância primitiva, devido à prática, cada vez mais freqüente, de acordos executivos, aliada ao fato de que muitos acordos internacionais bilaterais entram em vigor, sem a devida ratificação.⁸⁷

A Convenção de Viena, já dentro da orientação moderna, declara que um Estado obriga-se pela ratificação quando o tratado assim o determina, e quando há intenção dos negociadores de submeterem o tratado à ratificação. Deixa de ser regra geral, para tornar-se necessária, apenas nos casos nele previstos.⁸⁸

⁸⁷ 'A ratificação deixou de ter a importância anterior, tanto assim que a necessidade da ratificação só existe se o próprio tratado a previr.' ACCIOLY, Hildebrando. *Manual...* p.26.

⁸⁸ Apesar de adotar a mesma posição acerca da queda da importância, Celso Duvivier de Albuquerque Mello, baseado em Sereni, considera a ratificação como sendo a fase mais importante do processo de conclusão dos tratados. As razões para tal são as que seguem:

- a) as matérias que são objeto do tratado, pela sua importância, devem ser apreciadas pelo chefe de Estado;
 - b) a fim de evitar problemas posteriores sobre a questão do excesso de poderes ou violação das instruções dadas aos negociadores, quando da assinatura do tratado;
 - c) o desenvolvimento dos Estados democráticos e, em consequência, a participação do Parlamento na formação da vontade do Estado nos assuntos internacionais;
 - d) 'a possibilidade que o procedimento oferece ao chefe de Estado de obter preventivamente o concurso dos órgãos (Congresso) necessários, pelo Direito Interno, para a formação da vontade que ele deverá em seguida declarar internacionalmente ou ainda para adaptar o ordenamento interno ao tratado que será estipulado';
 - e) dar aos órgãos internos a oportunidade de decidirem com calma e ponderação 'sobre um texto já redigido na forma de projeto';
 - f) a necessidade dos órgãos internos encarregados de 'formarem e declararem a vontade do Estado de conhecerem e avaliarem as reações suscitadas pelo projeto do tratado na opinião pública nacional.'
- MELLO, *op. cit.*, p.192.

A jurisprudência internacional manifesta-se no sentido de que os tratados passam a ser obrigatórios apenas depois de ratificados, ainda que a ratificação não esteja expressamente neles prevista.

C) COMPETÊNCIA PARA RATIFICAR

O direito de ratificar pertence a quem tem autoridade para concluir o tratado. Cabe ao Estado o direito de fixar, livremente, o poder competente para efetuar a ratificação, em virtude de uma delegação do Direito Internacional.

As diversas Constituições estipulam, cada uma a seu próprio talante, o órgão competente ou os órgãos encarregados dessa função.⁸⁹ Em alguns países, torna-se necessária a concordância do Chefe do Executivo e do Parlamento.

Em geral, a ratificação só ocorre após o tratado ter sido devidamente aprovado pelo Parlamento, a exemplo do que se passa no Brasil.⁹⁰

D) PRAZO

⁸⁹REUTER, Paul. *op. cit.*, p.141.

⁹⁰Adotado em geral nas monarquias absolutas, na Itália fascista etc. MELLO, *op. cit.*, p.192.

Inexiste prazo determinado para a ratificação não se considerando sua inocorrência, como um ato ilícito.

*"Nenhum Estado tem qualquer obrigação jurídica ou moral de ratificar um tratado assinado pelos seus plenipotenciários. Simplesmente, a recusa da ratificação é um passo grave, que não deverá ser tomado sem que razões fortes o aconselhem."*⁹¹

O tratado só entra em vigor após a sua ratificação, no entanto, o artigo 18, da Convenção de Viena de 1969, determina que um Estado deve abster-se da prática de qualquer ato capaz de frustrar o seu objeto.

*"A ratificação é, pois, ato necessário para que o tratado passe a ter obrigatoriedade no âmbito internacional e interno."*⁹²

A ratificação não é ato de efeito retroativo, uma vez que o tratado só passa a produzir efeitos, a partir da troca ou depósito dos instrumentos da ratificação.

E) RATIFICAÇÃO CONDICIONAL

⁹¹BRIERLY, *op. cit.*, p. 327.

⁹²PIOVESAN, *op. cit.*, p.78.

Embora não seja admissível, no processo de celebração dos tratados, a ratificação condicionada, determinadas circunstâncias fazem com que, implicitamente, ela assim se torne.

O próprio tratado pode estipular um quorum de depósito de retificações para sua entrada em vigor. Poderá determinar, como exemplo, que só ao reunir vinte instrumentos de ratificação em mãos do depositário, entrará em vigor. Os primeiros Estados depositantes estarão no aguardo do *quorum* convencionado, não podendo ser exigida nenhuma norma constante do tratado, enquanto não se implementar a condição preestabelecida.

Não há aceitação para cláusulas condicionais outras abrangendo o tratado. No entanto, na prática tem-se aceito a formação de reservas.

F) TROCA DE INSTRUMENTOS DA RATIFICAÇÃO

A troca dos instrumentos de ratificação nos acordos bilaterais ocorre quando se elabora uma ata ou protocolo e esses são assinados pelos plenipotenciários.

Tratando-se de acordos multilaterais, efetua-se o depósito dos instrumentos de ratificação, prática essa, surgida

no século XIX.⁹³ O Estado depositário é, em geral, aquele que sediou a conferência.

Após o nascimento da Liga das Nações e com a ONU, o depósito dos instrumentos de ratificação passou a ser feito em seu Secretariado, quando as convenções são celebradas sob os seus auspícios.

O tratado passa a ser obrigatório, para o Estado, no dia de seu depósito, e não no dia da comunicação efetuada aos demais Estados.

A aplicação provisória dos acordos é possível, ocorrendo antes da troca, depósito, ou notificação dos instrumentos de ratificação, se as partes assim acordarem.

G) RESERVAS

Chama-se reserva à declaração feita por um Estado signatário, com a finalidade de indicar sua pretensão em excluir um determinado dispositivo do tratado, ou em modificar seu alcance, ou ainda, em atribuir-lhe um sentido determinado.⁹⁴ É, por assim dizer, uma estipulação derogatória da regulamentação convencional.

⁹³ Após a 2ª Guerra Mundial tem surgido a prática de o Estado notificar a existência da ratificação, sem transmiti-la. MELLO, *op. cit.*, p. 234.

⁹⁴ROUSSEAU, *op. cit.*, p.46.

O problema das reservas tem sido amplamente discutido, sendo considerado um dos mais complexos temas do Direito Internacional. Durante muito tempo foi assente o entendimento de que um tratado só poderia ser ratificado tal qual assinado, ou seja, a aprovação ou a rejeição dar-se-ia em bloco.

Em 1931, a Assembléia da Liga das Nações decidiu ser possível admitir uma reserva se esta fosse estipulada por ocasião da ratificação de um tratado, com o assentimento de todos os demais Estados signatários ou, quando no próprio texto do tratado, houvesse previsão para tal.

Com o aumento do número de participantes nas convenções as antigas regras tornaram-se inexecutáveis, passando a se verificar a aceitação de tratados com reservas.

É lógico que os Estados possam limitar a amplitude de sua participação nos pactos, pois estes estão abertos à assinatura de todos, e cada um tem liberdade para participar ou não no tratado.

A Convenção de Viena (1969) define a reserva como a declaração unilateral do Estado que visa a *excluir ou modificar os efeitos jurídicos de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado*. (art. 2º, § 1º, "d")⁹⁵

⁹⁵LITRENTO, Oliveiros. *Direito Internacional Público em textos*. 2.ed. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 1985, p.170.

A reserva pode dar-se tanto à hora da assinatura dependente de confirmação, quanto à hora da ratificação ou adesão. No primeiro caso, poderá ser conhecida pelos demais negociadores antes que resolvam a sua própria ratificação, evitando pois, o fator surpresa.

A existência de reservas em tratados coletivos⁹⁶ não é descabida. Ao término da negociação, pode ocorrer que nem todos os Estados partícipes tenham apreciados positivamente cada uma das regras que compõem o texto. Através da reserva, podem pronunciar-se, excluindo alguns itens e aceitando a maior parte do pactuado, para poder assim, ingressar no mundo jurídico.

Nos tratados bilaterais, onde cada tópico reclama o bom senso de cada parte, não ocorrem problemas maiores, não se falando em reserva. Nesses casos ela seria considerada uma recusa em aceitar o texto, um convite à renegociação.

Alguns tratados multilaterais, todavia, não aceitam reservas como os pactos institucionais e as convenções internacionais do trabalho.

Não raro, o próprio texto dos tratados impede sua adoção com reservas, como ocorreu com o Tratado constitutivo da ALADI (Montevideu, 1980), cujo artigo 55 assim dispõe:

⁹⁶REZEK, José Francisco. *Direito dos Tratados ...* p. 337.

"Artigo 55. O presente Tratado não poderá ser assinado com reservas nem estas poderão ser feitas por ocasião de sua ratificação ou de adesão ao mesmo."

H) IRRETRATABILIDADE

Apesar da ratificação ser um ato discricionário, uma vez ocorrida, torna-se irretratável, mesmo antes de a regra *pacta sunt servanda* ter começado a operar.

Vigente o compromisso, seu cumprimento impõem-se às partes, e a denúncia unilateral está subordinada a regras prefixadas, acautelatórias do interesse dos demais pactuantes.

Formalizado o compromisso através da expressão do consentimento definitivo, opera a irretratabilidade. Os princípios que embasam este proceder são os da segurança das relações internacionais e o da boa fé.

§4° PROMULGAÇÃO

Normalmente após a troca ou o depósito dos instrumentos de ratificação, ocorre a promulgação. Trata-se de:

"...ato jurídico de natureza interna, pelo qual o governo de um Estado afirma ou atesta a existência de um tratado por ele celebrado e o preenchimento das formalidades exigidas para sua conclusão, e, além disto, ordena sua execução dentro dos limites aos quais se estende a competência estatal."⁹⁷

Os principais efeitos da promulgação consistem em:

- a) tornar o tratado executório no plano interno;
- b) constatar a regularidade do processo legislativo, isto é, o Executivo constata a existência de uma norma obrigatória para o Estado.

O Decreto presidencial é o veículo utilizado para a promulgação, onde é ordenada a execução do tratado, cujo texto nele figura, e é publicado no Diário Oficial.

Em alguns países há simplesmente a publicação, sem se ordenar coisa alguma. O importante é a executoriedade do tratado, e isto só é possível, no plano interno, com a publicação pois ela levará ao conhecimento de todos a existência de norma internacional.

§5º PUBLICAÇÃO

⁹⁷Apud MELLO, op. cit., p.203.

Para que o tratado possa ser aplicado na órbita interna, faz-se necessário a publicação oficial. Este procedimento tem origem na mais remota Antigüidade e tem sido transmitido aos povos, através dos tempos.

A publicação é prática adotada em todos os países. Em alguns, a eficácia do tratado fica a ela subordinada, enquanto em outros, como a Alemanha Ocidental e Itália, as Constituições não obrigam a publicação do texto, mas exigem a publicação da autorização legislativa para a ratificação.

No plano internacional não há que se falar em publicação. No entanto, desde a criação da Liga das Nações tem havido uma luta a favor da abolição da diplomacia secreta instituindo-se uma publicação a nível internacional.

"O art. 102º da Carta das Nações determina que 'todos os tratados e todos os acordos internacionais concluídos por um membro das Nações Unidas depois da entrada em vigor da presente Carta deverão, dentro do mais breve prazo possível, ser registrados e publicados pelo Secretariado.'"⁹⁸.

⁹⁸BRIERLY, *op. cit.*, p.331.

É feita a publicação dos tratados registrados no Secretariado da ONU, com a finalidade de torná-los conhecidos, pois o registro é a publicidade do Direito Internacional.

§6° REGISTRO

A Carta da ONU regulamentou o seu emprego, esclarecendo que todos os atos internacionais devem ser registrados depois do ato estar em vigor. A iniciativa tanto pode partir de um dos Estados contratantes, nos casos em que ao menos um seja membro da ONU, como também ser registrado "*ex officio*", se a ONU for parte no tratado.

Em 1918, Woodrow Wilson propôs a abolição da diplomacia secreta, apresentando os 14 princípios. Encontra-se dentre eles, a necessidade de efetuar-se o registro dos pactos firmados.

É considerado como dia do registro aquele em que o Secretário Geral recebeu o pedido para registrá-lo, e, nos casos "*ex officio*", a data da entrada em vigor do pacto.

Um certificado do registro é emitido, redigido nas cinco línguas oficiais da ONU, e seu descumprimento acarreta a sanção de não poder ser invocado, perante qualquer órgão da ONU.

CAPÍTULO IV

TRATADOS INTERNACIONAIS NA ORDEM INTERNA

Os elaboradores das primeiras Constituições perceberam que os tratados internacionais são tão importantes quanto as leis, pois, juridicamente, obrigam o Estado e, por consequência, obrigam os cidadãos. Criam direitos e deveres, não apenas para governantes, mas também para governados.

O direito estatal só pode mover-se com inteira liberdade, dentro dos limites fixados pelo Direito Internacional. Os Órgãos Internacionais competentes podem impor ao Estado que promulgue uma lei, mesmo contrária ao Direito Interno, que proceda a sua revogação ou, ao menos, a sua não aplicação.

Desta forma, embora os tratados continuem, em sua grande maioria, sendo negociados por agentes diplomáticos designados pelo Chefe do Estado, e como antes, apenas tornem-se obrigatórios depois que este os ratificar, essa ratificação só pode ser efetuada com o assentimento do Poder Legislativo.

O embasamento doutrinário da necessidade de aprovação do Parlamento para os tratados internacionais situa-se em torno da idéia de que o titular da soberania é o povo. Não pode o Estado comprometer-se, perante as potências estrangeiras, salvo por disposição da vontade popular expressa através da representação nacional, isto é, pelas Câmaras Legislativas eleitas pelo povo.

Entre nós, o tratado negociado e assinado pelo Poder Executivo, recebe posterior aprovação do Congresso Nacional, por intermédio de um Decreto Legislativo, para ser, então, ratificado pelo Presidente da República. Tendo o Poder Legislativo manifestado a sua aquiescência, o Presidente da República promulga-o, por Decreto, dando conhecimento de seu teor, através de publicação no Diário Oficial.

A promulgação, sua dispensa ou precisão, o valor que lhe deve ser atribuído, a aprovação do tratado pelo Legislativo devem ser estudados à luz da Constituição, para concluir-se, ou não, acerca da obrigatoriedade de aplicação da norma convencional na ordem interna.

Todas nossas Constituições fazem referência à possibilidade de ser julgada pelos tribunais, aplicação do tratado. Em conseqüência, pergunta-se: o Brasil adotou a teoria da incorporação automática ou imediata do Direito Internacional? O Poder Judiciário aplica o tratado ou disposição legislativa interna? Há necessidade de editar atos

legislativos com a finalidade de integrar a matéria contida no tratado, ou melhor, há necessidade de lei, ato típico do Poder Legislativo?

Inicialmente, tanto na doutrina como na jurisprudência é ponto pacífico afirmar-se que o tratado não se confunde com a lei. O processo de elaboração de ambos é distinta, possuindo aquele, uma característica toda própria, qual seja, a necessidade de exteriorização da vontade concordante de dois ou mais Estados para o seu aperfeiçoamento. A lei emana, apenas, de fonte interna, destinando-se à aplicação também interna, muito embora possa incidir sobre fatos ocorridos externamente.

O Brasil teve sua organização político-jurídica determinada, desde a sua independência até os nossos dias, por sete Constituições e uma Emenda (Emenda nº 1, de 1969), que por ter trazido modificações significativas, tanto do ponto de vista qualitativo como quantitativo, é considerada, por muitos, como uma nova Carta.

Apesar do número relativamente elevado de Constituições, verifica-se que o disciplinamento das relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno, pouco ou quase nada, evoluiu.

De todas as nossas Constituições, a Carta Imperial de 1824 foi a que menos referência fez aos atos internacionais. Ao Imperador competia a representação do Estado, podendo celebrar

tratados, os quais, excepcionalmente receberiam aprovação legislativa.

A primeira afirmação constitucional da República Federativa no Brasil deu-se com o Decreto nº 1, de 15/11/1889, e vem sido mantida, como princípio fundamental, até os nossos dias⁹⁹. Nos regimes federativos, a competência para estabelecer relações com Estados estrangeiros e com eles celebrar tratados, como regra geral, pertence à União.

Também aparece, na primeira Constituição Republicana, promulgada em 24/02/1891, a atribuição dada ao Supremo Tribunal Federal, para *"julgar em grau de recurso, as questões resolvidas pelos juizes e tribunais federais"* (art. 59, 2º) em sentença, quando se tratasse de *"ações movidas por estrangeiros e fundadas (...) em convenções ou tratados da União com outras nações"* (art. 60, "f"). Competia ao mesmo Supremo Tribunal Federal, conhecer do recurso interposto de sentença, em última instância, da justiça do Estado Membro, ao se questionar *"sobre a validade, ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado"* fosse *"contra ela"*. (art. 59, § 1º, "a").

As Constituições que lhe sucederam mantiveram orientação semelhante, conferindo a Carta ora em vigor, em seu

⁹⁹SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 69, 91.

artigo 105, III, "a", ao Superior Tribunal de Justiça, competência para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência."

Nossas Constituições, ao referirem-se à aplicação da norma convencional pelos tribunais, implicitamente determinam sua aplicação, sem a exigência de uma lei dispendo sobre a matéria objeto do acordo. Fosse distinto o entendimento, diversa teria sido a disposição Constitucional. Ter-se-ia expressamente estabelecido a competência do Poder Legislativo para elaborar leis sobre os **tratados internacionais, regularmente concluídos** pelo Poder Executivo. No entanto, todas as Cartas, inclusive a atual, estabelecem caber ao Congresso, apenas, a função de aprová-los.

Segundo exigência de nossas Constituições Republicanas¹⁰⁰, a conclusão dos tratados sempre foi efetuada após a apreciação da matéria pelas duas Casas Legislativas. O

¹⁰⁰A Constituição Imperial de 25/03/1824, dispunha de forma distinta como se depreende de seu artigo 102:

"Art. 102 - O Imperador é o Chefe do poder executivo e o exercita pelos seus ministros de Estado. Suas principais atribuições são:[...]

8º) Fazer tratados de aliança ofensiva e defensiva, de subsídio e comércio, levando-os, depois de concluídos ao conhecimento da assembléia geral, quando o interesse e segurança do Estado o permitirem. Se os tratados concluídos em tempo de paz envolverem cessão ou troca de território do Império, ou de possessões a que o Império tenha direito, não serão ratificados sem terem sido aprovados pela assembléia geral"

seu assentimento, manifestado por um Decreto Legislativo, é dado ao Presidente da República para concluir o ato internacional, ao mesmo tempo em que exterioriza a sua aquiescência à matéria, nele contida.

Não gera efeitos a simples assinatura de um tratado se este não for referendado pelo Congresso Nacional, já que o Poder Executivo só pode promover a ratificação depois de sua aprovação pelas duas Casas Legislativas.

Trata-se, apenas, do aval do Poder Legislativo, no sentido de permitir que o Presidente da República obrigue o Estado internacionalmente, especificamente, a respeito daqueles pontos constantes do tratado a ser firmado. Esta aquiescência é dada através de um Decreto Legislativo, forma ditada pela Constituição para tal finalidade.

Com referência a esta sistemática constitucional, observa Louis Henkin, em *Constitutionalism, democracy and foreign affairs*,¹⁰¹ que o poder de celebrar tratados da forma como é concebido e de fato se opera, é uma autêntica expressão do constitucionalismo, pois estabelece claramente a sistemática de "checks and balances". Busca, ao atribuir ao Presidente o poder de celebrar tratados, mas, apenas, mediante o referendo do Legislativo, limitar e descentralizar este poder, prevenindo o abuso.

¹⁰¹Apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. s.ed. São Paulo : Editora Max Limonad, 1996, p.80.

Essa aprovação obedece ao mesmo processo de tramitação das leis, divergindo apenas, por ser promulgada pelo Presidente do Senado, sem a necessidade de sanção ou veto.¹⁰² Embora tal ato esteja elencado no rol do processo legislativo, (art. 59, VI) não tem ele o condão de transformar o acordo **assinado** pelo Executivo em norma a ser observada, quer na órbita interna, quer na órbita externa.

Se assim o fosse, teríamos que admitir a vigência interna do tratado internacional, em momento anterior à sua entrada em vigor na órbita externa, eis que, pelo processo de celebração dos tratados, esses só se aperfeiçoam, externamente, após a troca de instrumentos de ratificação, a qual se dá, em momento posterior à promulgação do Decreto Legislativo.¹⁰³

A competência do Congresso Nacional refere-se a *"resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;"* (CF. art. 49, I), (grifei), não se podendo dar à expressão grifada, valor acima de seu real alcance.

¹⁰²SILVA, *op. cit.*, p. 452.

¹⁰³"A vigência no campo internacional constitui um requisito para que a convenção possa ter vigência no direito interno, após sua ratificação. ROMITA, Arion Sayão. Efeitos da Ratificação da Convenção n° 158 da OIT sobre o Direito Brasileiro. *in* Repertório IOB de Jurisprudência, n° 5/96, p.79.

Constitucionalmente, o Executivo é o órgão incumbido da celebração dos tratados, no entanto, só poderá concluí-los através do depósito dos instrumentos de ratificação, mediante **autorização prévia** do Congresso Nacional.

Não obstante concedida a autorização pelo Legislativo, poderá não dar-se a ratificação do acordo, pois essa autorização legislativa não implica em obrigatoriedade de ratificar o tratado.¹⁰⁴ A manifestação do Congresso só é definitiva quando negar a aprovação do texto, quando então, o Presidente da República estará impedido de concluir o tratado.

Até meados do século XVIII, os monarcas eram soberanos para obrigar os Estados, externamente. A soberania, no sistema da monarquia absoluta, reduzia-se à idéia de que o monarca pode tudo que deseja. É por demais conhecida a expressão *L' État c'est moi*, que bem identifica o pensamento reinante na época.

A idéia da intervenção do Poder Legislativo na feitura dos tratados internacionais surgiu com a Revolução Francesa, ao tomar-se consciência de que os acordos entre Estados afetavam, também, a vida particular dos cidadãos. O tratado não é menos importante que a lei, e como tal, deve ser controlado pelo povo, através da Assembléia Nacional.

¹⁰⁴Menciona Rezek em seu *Direito dos Tratados* já ter ocorrido no Brasil o fato de o tratado ter sido aprovado por Decreto Legislativo, e não ser ratificado. Foi em 1903, no Tratado de Amizade e Comércio com a Pérsia. p.270.

Assim, o Poder Legislativo passa a intervir na feitura dos tratados a título de controle, de fiscalização mesmo, dos atos do Executivo. Não há, nessa prática, uma atividade propriamente legislativa, capaz de gerar uma norma interna, ou de transformar uma norma de Direito Internacional em outra de Direito Interno.

É apenas **uma etapa, uma fase** do processo de formação do **ato internacional**, que se desenvolve num procedimento complexo, e sem o qual este não se aperfeiçoa. Trata-se de um **requisito de validade**, para que a ratificação produza o efeito de obrigar o Estado internacionalmente.

Ainda que siga processo semelhante ao destinado a gerar a lei, o Decreto Legislativo que aprova o tratado, não pode ser a ela equiparado. A lei, em sentido estrito, é ato que exige a participação de ambos, Legislativo e Executivo, para tornar-se obrigatória depois de publicada. O Decreto Legislativo dela distingue-se pela matéria, por não ser objeto nem de sanção, nem de veto, e mais, por ser promulgado pelo Presidente do Senado.

Enquanto esteve em vigor a Constituição de 1891, os acordos eram aprovados por meio de uma resolução do Congresso, sancionada por decreto do Presidente.

A Constituição de 1946 e as demais que lhe sobrevieram, seguem a prática da Carta de 1934, ao determinar a promulgação

do Decreto Legislativo pelo Presidente do Senado e não pelo Presidente da Câmara dos Deputados.

Depois de aprovado pelo Congresso, se ratificado:

"...um tratado entra em vigor internacionalmente no instante em que os Estados signatários se comunicam reciprocamente e existência dos instrumentos de ratificação.

Tal notificação dá-se de duas formas: troca ou depósito dos aludidos documentos.

*A troca ocorre em geral, nos acordos bilaterais e o depósito nos multilaterais."*¹⁰⁵

No Brasil, depois de devidamente ratificado, o ato internacional precisa ser promulgado pelo Presidente da República, através de decreto, para vigor internamente.¹⁰⁶

"Como salienta João Hermes Pereira de Araújo, 'o fato de ter sido o tratado aprovado por Decreto Legislativo não o exime da promulgação, uma vez que um ato aprovado poderá nunca entrar em vigor, pois, se a aprovação legislativa condiciona a ratificação, não a torna obrigatória e, muito menos, pode ter efeito junto

¹⁰⁵MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. *O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais*. Porto Alegre : L&PM Editores, 1983, p.134.

¹⁰⁶*Ibid.* p.134.

à outra parte contratante que, até o momento da troca de ratificações, é livre de o fazer."¹⁰⁷

Esta prática vem sendo observada, desde 1826, sendo "que não houve, e não há", expressa e taxativamente, nenhum dispositivo constitucional determinando este procedimento.

Pensa-se que ela tenha sido adotada na vigência da Constituição de 1891 e seguida até os nossos dias, sem haver amparo na Lei Maior.

No entanto, alguns, como Mirtô Fraga¹⁰⁸, entendem de forma diversa. Em nosso sistema jurídico positivo temos fontes de duas naturezas: aqueles de natureza externa, que recebem a denominação de tratados, convenções ou ajustes internacionais e os atos legislativos internos, que por sua vez também possuem diversas denominações: lei ordinária, lei complementar, decretos legislativos e outros mais.

A Constituição de 1891, ao outorgar ao Presidente da República a competência para promulgar leis, bem como as Resoluções do Congresso Nacional, e, ainda, expedir decretos para sua fiel execução, referia-se, sem dúvida, à lei em

¹⁰⁷ *Apud* MEDEIROS, *Idem*, p.134.

¹⁰⁸ FRAGA, Mirtô. *O Conflito entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno : Estudo analítico da situação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira*. Brasília, 1978. Dissertação de Mestrado em Direito e Estado. Departamento de Direito. Universidade de Brasília, p.68.

sentido amplo, de fonte positiva de direito. Caso contrário, "como entender-se pudesse o Executivo expedir regulamento para execução de um tratado ou, como hoje, também, de um decreto-lei?"¹⁰⁹

Assim, lei, em sentido estrito, é ato normativo, elaborado pelo Poder Legislativo, com sanção do Executivo. No seu sentido amplo, abrange todas as normas capazes de gerar direitos e obrigações na ordem jurídica, gerada pelo processo próprio estabelecido.

A promulgação não integra o processo legislativo, sendo-lhe posterior, como afirma José Afonso da Silva:

"Promulgação e publicação da lei. Não configuram atos de natureza legislativa. Rigorosamente, não integram o processo legislativo. [...]

A **promulgação** não passa de mera comunicação, aos destinatários da lei, de que esta foi criada com determinado conteúdo. Nesse sentido, pode-se dizer que é o meio de constatar a existência da lei; esta é perfeita antes de ser promulgada; a promulgação não faz a lei, mas os efeitos dela somente se produzem depois daquela. O ato de promulgação tem, assim, como conteúdo a presunção de que a lei promulgada é válida, executória e potencialmente obrigatória."¹¹⁰

¹⁰⁹Ibid., p.69

¹¹⁰SILVA, op. cit., p.455.

Para justificar, verifica-se que as Constituições brasileiras ao tratarem da promulgação da lei, o fazem emprestando a este vocábulo o seu sentido amplo, de fonte de direito positivo, incluindo aqueles que não se completam com sanção presidencial.

Assim, a promulgação do tratado, por decreto, seguindo a colocação de Mirtô Fraga, não é mera prática brasileira, encontrando pois, arrimo em comando constitucional.

Alguns posicionam-se no sentido de que celebrado o tratado por representante do Poder Executivo, aprovado pelo Congresso Nacional, através de Decreto Legislativo e promulgado, por decreto, pelo Presidente da República, com a publicação do texto em português no órgão da imprensa oficial, tem-se como integrada a norma internacional no Direito.

Teria o decreto de promulgação o poder de transformar em norma interna, o que se convencionou no ato internacional? Qual o direito a ser aplicado pelos tribunais o interno ou a regra de Direito Internacional?

Entendemos que não. O decreto de promulgação é o atestado de existência de uma regra jurídica, prévia e regularmente constituída, em obediência a procedimento específico, instituído pela Lei Maior.

Assim, acatando a assertiva de que a promulgação não integra o processo legislativo, ao contrário, ela lhe é posterior, não se pode logicamente afirmar que o tratado promulgado deixa de ser norma de Direito Externo passando a ser disposição legislativa interna. Ao ser promulgada, a norma já existe. Pela troca dos instrumentos de ratificação, já produz efeitos, externamente.

Internamente, no entanto, os indivíduos para acatá-la, os Tribunais para aplicá-la, precisam ter conhecimento de sua existência, o que se dá pela promulgação combinada com a publicação. O Chefe do Poder Executivo apenas **declara, atesta solenemente**, que foram cumpridas todas as exigências para o seu aperfeiçoamento, que ela **existe e deverá ser cumprida**.

A nosso ver, são aplicados os acordos, como Direito Internacional e não como Direito Interno, sem necessidade de qualquer providência legislativa, dispondo em outra norma, a matéria do tratado. Daí porque nossas Constituições sempre se referiram à aplicação do **tratado** pelos tribunais.

A Carta Magna reconhece, ao lado das leis, outras fontes de direito: o decreto, a própria emenda constitucional, as medidas provisórias. Seus processos de elaboração estão estabelecidos na própria Constituição, divergindo, uns dos outros. O tratado concluído deve atestar o preenchimento das condições constitucionais e, lei no sentido amplo que é, deve

obedecer ao disposto no artigo 84, IV, necessitando ser promulgado e publicado.

No entanto, apenas fazer saber que há uma norma jurídica, pouco adiantaria, se não se divulgasse tal comunicação. É o que ocorre por meio da publicação, que dá conhecimento a todos da existência da norma recém-formulada. Só se é obrigado à norma que se conhece e a presunção do conhecimento é feita a partir da publicação. Logo, o tratado só torna-se obrigatório após a data da inserção no Diário Oficial da União, do decreto de promulgação, contendo, apenso, seu teor.

Podemos dizer, seguindo Rousseau, que o tratado é obrigatório em virtude de ratificação, executório em face de promulgação e aplicável em consequência da publicação.¹¹¹

Desta forma, uma vez cumpridas as exigências constitucionais, o tratado se for auto-executório, deve ser, imediatamente, aplicado. Em caso contrário, também obedecendo o disposto no comando constitucional, deve-se expedir regulamento para sua fiel execução.¹¹²

¹¹¹ROUSSEAU, Charles. *Principes Généraux du Droit International Public*. Pedone, Paris : tomo I, p.403. Apud FRAGA, Mirtô. *Op. cit.*, p.71.

¹¹²No entanto, ao tratar-se de normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, oriundas de tratados internacionais, essas normas possuem aplicação imediata, asseguradas pelo art. 5º, parágrafo 1º, da CF/88. Há a incorporação automática do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo Direito brasileiro, sem que se faça necessário um ato jurídico complementar para sua exigibilidade e implementação. PIOVESAN, *op. cit.*, p.104.

§1º POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL

A discussão acerca do inter-relacionamento do Direito Internacional e do Direito Interno foi reavivada, recentemente, tendo em vista os questionamentos a respeito da vigência e aplicação, no território nacional, dos dispositivos acordados na Convenção Internacional nº 158, da Organização Internacional do Trabalho.

De início, observa-se que o Supremo Tribunal Federal tem entendido a necessidade da promulgação para que o tratado tenha força executória. Essa é uma questão pacífica, e em muitos julgamentos não se analisou o problema, limitando-se a deixar expresso que o tratado fora promulgado, por Decreto do Presidente da República.

Assim tem sido a posição da Corte Suprema que, ao referindo-se a certo tratado, indica o Decreto que o promulgou. Nesse sentido, o Ministro Philadelpho Azevedo, no julgamento da Apelação Cível nº 7 872¹¹³ expressou-se:

"Entre nós, a formação dos tratados, após a fase precontratual, das negociações, se assemelha à das leis, exigindo pronunciamentos do Poder Legislativo,

¹¹³Ap. Cív. nº 7 872-RS, relator Min. Philadelpho Azevedo, em 11/10/43, Arquivo Judiciário, 69/13.

promulgação e publicação, sujeita esta as normas gerais para a vigência."

Existem vários acórdãos consagrando o primado do Direito Internacional, como é o caso da União Federal c. Rádio Internacional do Brasil (1951)¹¹⁴, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu, unanimemente, que um tratado revogava as leis anteriores.

Coelho Rodrigues assinala existência de um acórdão do Supremo Tribunal Federal, datado de 1914, no Pedido de Extradução nº 7, de 1913, no qual encontra-se a declaração de estar em vigor um tratado, apesar de lei interna posterior, dispondo de forma contrária.¹¹⁵

No mesmo sentido, na Apelação Cível nº 7.872 de 1943, o Pretório Excelso manifesta-se reconhecendo que um tratado não é revogado por uma lei interna posterior.¹¹⁶

Philadelpho Azevedo, quando ainda Ministro do Supremo Tribunal Federal, em 1945, publicou artigo intitulado "Os tratados e os interesses privados em face do direito brasileiro" em que comenta a convicção unânime da corte, àquela

¹¹⁴Apelação Cível nº. 9.587

¹¹⁵Apud MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 10.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro : Editora Renovar, 1994, p.104.

¹¹⁶Ap. Civ. n.7 872-RS, relator Min. Philadelpho Azevedo, em 11/10/43, Arqu. Jud. 69/13.

época, quanto à prevalência dos tratados sobre o Direito Interno infraconstitucional.

No Supremo Tribunal Federal, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, verdadeiro *leading case*, estendeu-se de setembro de 1975 a junho de 1977. Nele ficou patente, pela votação da maioria dos membros, a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, por ser expressão última da vontade do legislador republicano, deve ter sua prevalência garantida pela Justiça, sem embargo das conseqüências advindas do descumprimento do tratado no plano internacional.

O voto do Relator, Ministro Xavier de Albuquerque, revela que em julgados anteriores o Supremo Tribunal vinha decidindo, reiteradamente, que as Leis Uniformes adotadas pelas Convenções de Genebra, incorporaram-se ao nosso Direito Interno e entravam em vigor, no Brasil, a contar dos Decretos que as promulgaram.

O ponto de vista do relator, no entanto, não foi o que prevaleceu. A tendência adotada recebe a censura de Albuquerque Mello:

"A tendência mais recente no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso nesta matéria. No Recurso Extraordinário nº 80.004, decidido em 1978, o Supremo

Tribunal Federal estabeleceu que uma lei revoga o tratado anterior. A grande maioria dos votos está fundamentada em autores antigos e dualistas, como é o caso de Triepel."¹¹⁷

Fundamental para a decisão foi o voto do Ministro Cunha Peixoto. Inicialmente chegou a sustentar que a Convenção de Genebra não entrou em vigor, no Brasil, por falta de "lei formal". Seu ponto de vista a este respeito não foi acolhido. No mais, sua doutrina foi decisiva e prevalece durante longos anos entre nós.

São dignas de realce as seguintes passagens:

"Admitida, porém, apenas para argumentar, a vigência da Lei Uniforme no Brasil, não podemos dar nossa adesão à corrente que entende não poder o legislador brasileiro introduzir nela qualquer modificação e, conseqüentemente, ser inconstitucional o Dec-lei 427, de 22.1.69. Com efeito, se a Lei Uniforme transformou-se em direito positivo brasileiro, evidente que pode ser modificada ou revogada como qualquer lei que procedesse de algum tratado em superlei, em situação superior à própria Constituição brasileira ... portanto, ou o Tratado não se transforma pela simples ratificação, em lei ordinária, no Brasil, ou, então,

¹¹⁷MELLO, *op. cit.*, p.105.

poderá ser revogada ou modificada pelo Congresso, como qualquer outra lei."

Pode-se afirmar que desde 1977 vigora na jurisprudência o sistema paritário, isto é, o tratado uma vez formalizado, passa a ter força de lei (ordinária) revogando-se todas as disposições em contrário. Da mesma forma por ter *status* de lei é revogado ou pode ser revogado (mais tecnicamente perde a eficácia) por lei posterior que com ele conflite ou expressamente o revogue.

Estas decisões reforçaram e atualizaram antiga orientação da jurisprudência no sentido do primado do Direito Internacional sobre o Direito Interno, que teve no artigo 98 do Código Tributário Nacional a sua consagração legislativa.

§2º POSIÇÃO DOUTRINÁRIA

Não havendo, doutrinariamente, uma posição uniforme em relação à resolução dos eventuais conflitos entre normas internas e internacionais, ao menos três orientações podem ser destacadas: uns, propugnam pelo sistema paritário, considerando os tratados equivalentes às leis, outros postulam pela supremacia do Direito Interno e, por fim, há aqueles que

consideram a primazia absoluta das normas dos tratados sobre as normas internas.

A) SISTEMAS PARITÁRIOS

Enquadram-se no primeiro grupo doutrinadores que apregoam não haver a superioridade do Direito Internacional frente ao Direito Interno. Ambos equiparam-se, sendo possível o tratado revogar a lei, que lhe é anterior, e, em contrapartida, poder ser revogado, por lei posterior.¹¹⁸

Integrado ao Direito Interno o tratado é tido como lei, situando-se no mesmo patamar hierárquico das leis internas. A norma convencional é equiparada à legislativa, não só quanto ao "status", mas também quanto ao valor. Passam a ter o mesmo plano de igualdade.

Argumentam, como sustentação, que a Constituição ao tratar da competência do Pretório Excelso no julgamento do recurso extraordinário, não estabeleceu qualquer prioridade, colocando o tratado e a lei em um mesmo nível.

¹¹⁸Na lição de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadro, ao comentarem sobre o Direito brasileiro assim se posicionam: "Quanto aos tratados em geral, a doutrina e a jurisprudência tem entendido, não sem hesitações, que o tratado e a lei estão no mesmo nível hierárquico, ou seja que entre aquela e este se verifica uma 'paridade' - paridade essa que, todavia funciona a favor da lei. De facto, a lei não pode ser afastada por tratado com ela incompatível; mas se ao tratado se suceder uma lei que bula com ele, essa lei não revoga em sentido técnico, o tratado, mas 'afasta a sua aplicação' o que quer dizer que o tratado só se aplicará se e quando aquela lei for revogada." *Manual de direito internacional público. Apud PIOVESAN, op. cit., p.92.*

Destarte, havendo conflito entre as duas disposições, resolve-se pela aplicação do princípio comum às normas de igual valor: "*lex posterior derogat legi priori.*" Não descuidam da possibilidade de haver responsabilidade internacional do Estado, por não aplicar, internamente, regra prevista em tratado.

Francisco Campos¹¹⁹, dentre outros, defendeu essa solução. Em abono à tese proposta, argumentam que o legislador, quando quis afastar essa equiparação, foi expresso. Assim, no Código Tributário Nacional, dispôs:

"Art. 98 - Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observadas pelas que lhes sobrevenham."

Argumentam mais, que se houve necessidade de estabelecer uma exceção, como no caso do Código Tributário, é por estar implícito que lei posterior derroga lei anterior.

Reconhecem que os tratados regularmente concluídos pelo Brasil e promulgados por decreto, sejam obrigatórios, no âmbito interno, não havendo impedimento na aprovação de norma interna modificadora de disposição contida em tratado internacional.

¹¹⁹CAMPOS, Francisco. *Imposto de Vendas e Consignações. Incidência em Sobretaxas cambiais. Ágios e Bonificações. Acordos Internacionais sobre Paridade Cambial.* in: *Revista de Direito Administrativo*, v.47, p.452-458.

B) PRIMAZIA DO DIREITO INTERNO

Uma segunda solução prevê a prevalência do Direito Interno diante de qualquer norma internacional.

Suas raízes encontram-se no princípio de que a soberania estatal é absoluta e só ela pode ditar as regras a serem estatuídas, internamente.

Nenhuma ordem jurídica externa possui eficácia vinculante. O Direito Internacional só vale para o Estado.

Propendem ao culto da Constituição, estimando que no seu texto, ao qual nenhum pode sobrepor-se na hora presente, há de encontrar-se a graduação dada aos tratados internacionais e às normas oriundas dos costumes.

Os Tribunais, como órgãos estatais incumbidos de aplicar o direito, estão obrigados a emprestar eficácia às normas internas. Só poderão afastar a aplicação da lei por dispositivo constitucional. Ora, a Constituição sendo silente, deve-se aplicar a lei, afastando o tratado.

Daí, inexistindo regra constitucional que atribua ao Judiciário competência para negar aplicação ou anular a lei que seja contrária ao tratado, estarão os juízes obrigados a

aplicar a norma legislativa, afastando a incidência do tratado. Admitem que possa haver responsabilidade do Estado na órbita internacional, mas este seria um problema de Direito Internacional e não de Direito Interno.

Discordamos das posições referentes à primazia do Direito Interno e da paridade.

No Brasil não se previu, como ocorreu nos Estados Unidos, conferir ao tratado internacional o "status" de lei. Assim, o conflito poderia ser resolvido aplicando-se a máxima: "*lex posterior derogat priori*".

Em nossa Constituição não se encontra nenhuma das três soluções apresentadas. Apenas há a obrigatoriedade da aplicação do tratado, tradição que vinha sendo mantida nas Cartas anteriores.

Não se pode aceitar a idéia de que o Estado firme **livremente** um acordo, obrigando-se perante outros Estados ou organizações, tendo tido a oportunidade prévia de negociar, e passe a desrespeitar o pacto. Principalmente, levando-se em conta que o teor do pacto fora anteriormente analisado e aceito pelo órgão representativo do povo, a título de controle, e objeto de reconsideração pelo Poder Executivo.

É contra-senso afirmar-se que o Tribunal deve aplicar lei posterior contrária ao pactuado. O tratado regularmente

constituído não obriga apenas o Executivo, vincula todo o Estado, inclusive o Legislativo e o Judiciário.

A soberania não é ilimitada, apesar de absoluta nos seus domínios. No entanto possui limites e entre elas encontram-se os estabelecidos pelas obrigações assumidas.

C) PRIMAZIA DOS TRATADOS

A questão da primazia incondicional do Direito Internacional sobre o Direito Interno é posição doutrinária que conta com a confirmação da jurisprudência internacional.¹²⁰

Várias Constituições, como ocorre com a francesa, grega e peruana oferecem exemplos de sistema em que há a prevalência dos tratados sobre o Direito Interno infraconstitucional. Assim também se posicionam os seguidores deste grupo. Não se admite a revogação do tratado pela lei.

Destarte, estabelecendo-se um eventual conflito entre regra internacional e regra interna a solução encontrada é a de considerar a primeira como predominante.

¹²⁰ "No século XIX este princípio já fora admitido na arbitragem do caso Alabama. No corrente século a jurisprudência internacional nos fornece entre outros o caso Wimbledon. O direito interno tem para o juiz internacional o valor de um simples fato, não possuindo qualquer valor normativo." MELLO, *op. cit.*, p.102.

As duas normas não são tidas como equivalentes, ocupando a mesma posição hierárquica. Há gradação entre elas e a norma internacional sempre prevalecerá, ainda que a norma interna lhe seja posterior. Não há que se falar, neste caso, no clássico princípio da "*lex posterior derogat priori*".

Cumprido ressaltar que a norma internacional não tem supremacia sobre a norma constitucional, porém, no tocante às regras infraconstitucionais, ocupa posição de destaque.

Os grandes defensores do primado do Direito Internacional são o Prof. Marota Rangel e Haroldo Valladão. Conta com seguidores ilustres como Rui Barbosa, Carlos Medeiros da Silva e Hildebrando Accioly.

Esta tem sido a doutrina predominante e considerada como a única solução possível para o caso brasileiro.¹²¹

SEÇÃO I

TRATADOS INTERNACIONAIS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

¹²¹"Impõe-se, a nosso ver, de forma irrecusável, o reconhecimento da primazia da norma internacional. É o que a razão humana compreende, o que recomenda a noção de unidade e solidariedade do gênero humano..." in RODAS, João Grandino. *Tratados internacionais*. São Paulo : RT, 1991 p.51.

Teria a Constituição Federal, promulgada em 05/10/88, adotado a teoria monista ou a dualista? Havendo conflito entre as normas de Direito Internacional e de Direito Interno, qual delas tem a primazia, de acordo com a nova Carta? Estas questões devem ser resolvidas à luz do disposto no texto constitucional.

Não encontramos, na atual Carta Magna, dispositivo expreso a respeito da adoção da teoria monista ou dualista, que seja capaz de resolver a questão. Aliás, essa não é uma característica que lhe seja peculiar, pois no Brasil, nunca ficou absolutamente claro, em texto constitucional, a adoção de uma teoria em detrimento de outra.

Como bem coloca Celso Ribeiro Bastos, essa postura representa um atraso em relação aos demais Estados:

"O nosso direito anterior era silente sobre a exata inserção do Brasil no contexto do direito internacional, o que acabou por resultar em uma posição muito retrógrada diante do problema, visto que nenhuma sorte de concessão fazia à emergência desta nova realidade internacional e da possibilidade de as normas componentes do direito internacional, de alguma forma, em grau pequeno que fosse, comporem a ordem jurídica interna, como ocorre já em muitos países..."¹²²

¹²²BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. v.1, s. ed., São Paulo : Saraiva, 1988, p.450.

Como seria resolvido, com base na Constituição, o possível conflito entre normas de Direito Interno e dos tratados?

Embora o tema seja de vital importância pela sua atualidade e o Texto Constitucional seja recente, nele, a disciplina das relações internacionais é, surpreendentemente, acanhada e tímida.

A Constituição Federal de 1988 dedica-lhe apenas alguns artigos, repetindo, em regra, o disposto em cartas anteriores, deixando de solucionar questões há muito tempo propostas.

Expressamente, a Constituição Brasileira atual não estabelece prioridade quer das normas convencionais, quer das internas. Contenta-se em dispor de forma semelhante às Cartas republicanas anteriores¹²³:

"Art. 84 - Compete privativamente ao Presidente da República:

.....

¹²³As Cartas republicanas anteriores continham dispositivo semelhante: Constituição de 1891, Art. 59, 2, § 1º, "a"; Constituição de 1934, Art. 76, III, "a"; Constituição de 1937, Art. 101, III, "a"; Constituição de 1946, Art. 101, III, "a"; Constituição de 1967, Art. 114, III, "a"; Emenda Constitucional de 1969 Art. 119, III, "a", "b".

VIII - Celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;"

"Art. 49 - É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;"

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

.....

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

.....

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

Art. 105 - Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

.....

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais

Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

As alterações ocorridas dizem respeito à atribuição da competência para o julgamento, em grau de recurso, de causas, cujo objeto sejam os tratados. Nos casos do Art. 105, III, o Superior Tribunal de Justiça passou a ser o órgão competente para apreciar matéria, anteriormente afeita ao Supremo Tribunal Federal.

Na ausência de disposição expressa sobre a prevalência de uma norma sobre a outra, deve-se extrair a solução, à luz da interpretação dos princípios gerais do direito.

§1º POSIÇÃO DOUTRINÁRIA

Já foi visto que a solução da primazia do Direito Internacional e do Direito Interno é consequência do sistema adotado pelo direito público de cada Estado, resumindo-se na prevalência da concepção *monista* ou *dualista*.

Também não encontramos, na doutrina pátria, posição uniforme acerca do tema. No tocante à Constituição de 1988, alguns doutrinadores concebem ter sido adotada a teoria dualista, outros, acatam tal pensamento com algumas ressalvas, a par daqueles, como Alberto Xavier e Arnaldo Süssekind que concluem de forma diversa, entendendo haver a prevalência da doutrina monista.

Como bem se vê, a questão está longe de ser mansa e pacífica.

Celso Ribeiro Bastos coloca-se entre os dualistas, afirmando que seu posicionamento decorre da inexistência de dispositivo constitucional:

*"Pela ausência, portanto, de qualquer artigo que pudesse fazer uma abertura, ainda que tímida, ao direito internacional como fonte do direito interno, é preciso reconhecer que o Brasil continua, neste particular, absolutamente filiado à **teoria do dualismo jurídico**.*

*Isto significa dizer que o direito internacional não vincula internamente, ou, em outras palavras, não pode ser fonte de direitos e obrigações no direito interno senão na medida em que haja um ato com força legal que o coloque em vigor."*¹²⁴ (grifo nosso)

¹²⁴BASTOS, *op. cit.*, p.451.

Distinta é a posição de Celso Duvivier de Albuquerque Mello,¹²⁵ eis que considera ter sido a teoria dualista adotada, apenas no que tange aos direitos humanos, assim se expressando:

*"A Constituição de 1988 adota o **dualismo** ao fazer a incorporação do DI no D. Interno, pelo menos, em um setor determinado ao estabelecer que os direitos do homem consagrados em tratados internacionais fazem parte do Direito Interno. A pergunta que, por enquanto, está sem resposta é se a jurisprudência poderá estender esta orientação a outras matérias, vez que não tem norma proibitiva."* (grifo nosso)

Acerca do tema dos direitos humanos, tendo em vista o disposto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, §2º, encontramos posição diametralmente oposta, como a esboçada por Flávia Piovesan, que ora se transcreve:

"Diante destas duas sistemáticas diversas, conclui-se que o Direito brasileiro faz opção por um sistema misto, no qual para os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos - por força do art. 5º parágrafo 1º - aplica-se a sistemática de incorporação automática, enquanto que para os demais tratados

¹²⁵MELLO, *op. cit.*, p.105.

internacionais aplica-se a sistemática de incorporação legislativa."

Ainda sobre o tema, encontramos pronunciamentos feitos em posição diametralmente oposta, como os de Arnaldo Süssekind,¹²⁶ opinando pela adoção da teoria monista:

"A Constituição brasileira de 1988 adotou a teoria monista, em virtude da qual o tratado ratificado complementa, altera ou revoga o Direito Interno, desde que se trate de norma self-executing e já esteja em vigor na órbita internacional. Basta assinalar que ela prevê o cabimento de recurso especial para o STJ, da decisão que contrariar tratado ou negar-lhe vigência (art. 105, n. III, a)."

Rezek aponta a adoção do monismo nacionalista, reconhecido pelos nossos tribunais, no qual é dado relevo especial à soberania de cada Estado, e à descentralização da sociedade internacional.

"Se é certo que pouquíssimos autores, fora do contexto soviético, comprometeram-se doutrinariamente com o monismo nacionalista, não menos certo é que essa

¹²⁶SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. s.ed. São Paulo : LTR, 1994, p.36.

idéia norteia as convicções judiciais em inúmeros países do ocidente - incluídos o Brasil e os Estados Unidos da América -, quando os tribunais enfrentam o problema do conflito entre normas de direito internacional e de direito interno."

Alberto Xavier, ao analisar o procedimento de celebração dos tratados, opina ter sido adotada, no Brasil, a teoria monista:

"O tratado tem eficácia imediata na ordem interna, logo que revestido da publicidade devida, mediante publicação no Diário Oficial. A consagração constitucional de um processo de ratificação dos tratados que não comporta o que se poderia chamar um 'específico instrumento de introdução' na ordem jurídica interna das normas deles constantes (cfr., de novo, de um lado, os artigos 21º, I, 84º, VII, 49º, I; e de outro, os artigos 5º, §2º, 109º, III da Constituição Federal) revela que é **monista** a solução adotada pelo direito brasileiro quanto à vigência interna do Direito Internacional." (grifo nosso)¹²⁷

¹²⁷XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil : tributação das operações internacionais*. 2.ed. tot. reform. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 1993, p.99.

CAPÍTULO V

PROBLEMAS PROPOSTOS PELO DIREITO TRIBUTÁRIO COM RELAÇÃO AOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Os Estados dispõem de soberania tributária dentro de seus territórios. No entanto, por interesses recíprocos, podem reunir-se em razão desta mesma soberania, e da possibilidade aventada de que suas necessidades e as de suas populações sejam comercialmente melhor satisfeitas, dentro do espírito de cooperação internacional.

Cada país possui um potencial distinto, uns maiores outros menores, resultando serem suas possibilidades diversas. Daí a procura da integração, não apenas com os países vizinhos, mas com outros que lhes possam oferecer algum benefício. Dentre os maiores obstáculos, está a soberania territorial tributária de cada Estado que, ao criar gravames sobre as importações e exportações, pode criar verdadeiras barreiras a este intercâmbio de bens e serviços.¹²⁸

¹²⁸NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Tratados Internacionais em Matéria de Tributação*. in: *Direito Tributário Atual*, v.3, São Paulo : Editora Resenha Tributária, 1983, p.347.

A solução encontra-se nos tratados entre Estados soberanos, através dos quais é passível minimizar-se tributações, estabelecendo normas acerca de comportamento recíproco em matéria tributária, realizando a integração.

Os tratados internacionais podem abranger os mais diversos assuntos, desde que não sejam contrários ao Direito Internacional, e não sejam incompatíveis com os acordos anteriores ainda vigentes.

Assim o fazem, versando sobre matéria de cunho tributário, como a formação de uniões aduaneiras ou zonas de livre comércio, regulando os portos marítimos, concedendo isenções aos diplomatas e ainda, evitando a bitributação.

Isto ocorrendo suscitam, muitas vezes, problemas a serem solucionados, no tocante à extensão, validade e conflitos de ordem legal ou constitucional.

As regras emanadas de tratados internacionais versando matéria tributária configuram-se como meras "recomendações" não vinculantes ou depois de editadas passam a integrar a legislação interna? A partir de que instante estas mesmas regras tornam-se internamente obrigatórias?

Todas estas questões são de interesse e relevância para aqueles que militam na área do Direito Tributário. São estas as questões que buscamos responder, com a elaboração deste trabalho.

Matéria de fundamental importância, em especial no que diz respeito ao Direito Tributário, é saber se os tratados internacionais podem ser invocados pelo particular, pelo cidadão contribuinte, que, em última análise vem a ser o protegido, porque é sujeito passivo e passível de eventuais gravames tributários, que o tratado visa muitas vezes impedir.

De acordo com as palavras do advogado internacionalista Hersch Lauterpacht os seres humanos passaram a adquirir um *status* e uma estatura que os transformaram de objetos de compaixão internacional em sujeitos de direito internacional¹²⁹.

Acerca do mesmo tema, Cançado Trindade preleciona que apenas nos tempos modernos se veio a aceitar que, tanto na teoria como na prática, não havia impossibilidade lógica ou jurídica de normas de direito internacional se dirigirem diretamente aos indivíduos como pessoas protegidas a nível internacional.¹³⁰

Esta questão, básica e preliminar, hoje já é tranqüila e universalmente assentada, tendo modificado todo o significado dos Tratados. Inúmeros acórdãos da Corte Européia têm se

¹²⁹Apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. s.ed. São Paulo : Editora Max Limonad, 1996, p.34.

¹³⁰TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos : fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo : Saraiva, 1991, p.6.

posicionado, neste mesmo sentido, em relação ao Direito Interno alemão, belga, inglês, austríaco dentre outros.¹³¹

Desta forma não há mais discussão em torno desse tema sendo a posição legal, doutrinária e jurisprudencial assente no sentido de admitir esta possibilidade.

SEÇÃO I

VALIDADE E VIGÊNCIA DOS TRATADOS

Os tratados internacionais, qualquer que seja a denominação por eles adotada, por serem normas jurídicas, têm valência própria. Serão válidos ou inválidos, analisando-se sob

¹³¹NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *op. cit.*, p.350. O Catedrático de Freiburg, Werner von Simson, advogado junto à Corte de Justiça da Comunidade Européia, em preleção no Curso de Doutorado da área de Direito da Universidade de São Paulo, cujo trabalho foi publicado na revista Fisco e Contribuinte (julho de 1973, n°7, S. Paulo, pág. 532), relatou a solução dada a respeito de uma firma holandesa importadora de matéria-prima química, que impugnou, perante o Tribunal, o aumento concedido nos direitos alfandegários, não permitidos pelos Tratados da Comunidade. Foi levantada a questão da possibilidade de uma empresa particular invocar a proteção dos tratados quando estes são celebrados entre governos das nações participantes. O Tribunal entendeu que as empresas não careciam legitimidade ativa para pleitear, argumentando que o tratado envolve empresas particulares, devendo-se reconhecer uma relação direta de entidades particulares com os tratados. Esta decisão 'mudou todo o significado dos Tratados', tendo sido recebida com aplausos.

o prisma de um determinado sistema. Como bem coloca Paulo de Barros Carvalho¹³²:

*"...as normas jurídicas serão sempre **válidas** ou **inválidas**, com referência a um determinado sistema 'S'. E ser norma válida quer significar que mantém relação de pertinencialidade com o sistema 'S', ou que nele foi posta por órgão legitimado a produzi-la, mediante procedimento estabelecido para esse fim."*

Assim, a ponência de normas num determinado sistema serve para introduzir novas regras de comportamento para os cidadãos, como também para modificar as que existem ou até para expulsar outras normas, cassando-lhes a juridicidade.

A validade confunde-se com a existência, de tal forma que afirmar-se que uma determinada norma existe implica em reconhecer a sua validade, face a um determinado sistema jurídico. Pode-se inferir, seguindo os ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho,¹³³ que "ou a norma existe, está no sistema e é, portanto, válida, ou não existe como norma jurídica."

¹³²CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 7.ed. atual. São Paulo : Saraiva, 1995, p.63-64.

¹³³*Ibid.* p.64.

Tércio Sampaio Ferraz Jr.¹³⁴ faz as seguintes colocações acerca da validade das normas jurídicas:

"O problema dogmático da validade das normas é, pois, uma questão de identificá-las no ordenamento brasileiro, alemão, francês, americano etc. A questão é tecnológica. Nesse sentido, a validade das normas do ordenamento brasileiro não é definida, mas assinalada: cumpre ao dogmático mostrá-la e, se necessário, demonstrá-la.[...]"

Para a dogmática jurídica, para que se reconheça a validade de uma norma é preciso, em princípio e de início, que a norma esteja integrada no ordenamento. Exige-se, pois, que seja cumprido o processo de formação ou produção normativa, em conformidade com os requisitos do próprio ordenamento. Cumprido esse processo, temos uma norma válida."

O ponto de partida para análise da validade dos tratados internacionais na ordem interna, há de ser a constatação de que a vigência de um tratado no plano internacional não se confunde com a validade no território de cada Estado-membro, resultante da ratificação.

Destarte, para um tratado considerar-se válido, internamente, é necessário estar em vigor na ordem externa. Para tal, temos que:

¹³⁴FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito : técnica, decisão, dominação*. 2.ed. São Paulo : Atlas, 1994, p.196.

"Um tratado entra em vigor internacionalmente no instante em que os Estados signatários se comunicam reciprocamente a existência dos instrumentos de ratificação.

Tal ratificação dá-se de duas formas: troca ou depósito dos aludidos instrumentos.

A troca ocorre, em geral, nos acordos bilaterais e o depósito nos multilaterais."¹³⁵

Um tratado só produz efeitos externamente a partir da troca ou depósito dos instrumentos de ratificação. "O tratado torna-se obrigatório para o Estado no dia em que é feito o mencionado depósito..."¹³⁶

No mesmo diapasão leciona Alberto Xavier¹³⁷: "**A troca de instrumentos** de ratificação fixa o momento da entrada em vigor do tratado na ordem jurídica internacional, pois é precisamente neste momento que ocorre o **consensus**." (grifos no original)

¹³⁵MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais*. Porto Alegre : L&PM Editores, 1983, p.134.

¹³⁶ "O depositário deve, além de receber os instrumentos de ratificação, comunicá-los às demais partes do tratado, bem como as reservas que foram apresentadas e a aceitação delas." MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito Internacional Público*, v.1, 10.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro : Renovar, 1994, p.195.

¹³⁷XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil : tributação das operações internacionais*. 2.ed. tot. ref. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 1993, p.97.

Cumpra observar que, muitas vezes, o aludido depósito não é suficiente para dar vigor ao tratado. Nos casos de tratados multilaterais, pode ser necessário, por estipulação do próprio tratado, um certo número de depósitos, se não o da totalidade dos pactuantes, para tornar-se perfeito e acabado o tratado.¹³⁸

Nada impede, por outro lado, que o tratado seja aplicado, provisoriamente, antes mesmo de sua entrada em vigor, se as partes assim convierem.

O processo de elaboração de um tratado é um ato complexo, que se processa externa e internamente. Poderíamos mesmo afirmar, que trata-se de um só procedimento em que, após a promulgação do Decreto Legislativo pelo Presidente do Senado, há uma bifurcação:

- a) com a finalidade de concluir o tratado e dar ciência aos outros Estados pactuantes, desta conclusão - pela troca ou depósito dos instrumentos de ratificação - passando assim a ter eficácia na órbita externa;
- b) com a finalidade de dar conhecimento da existência de uma nova norma, proveniente de obrigações assumidas externamente, obrigando ao Estado e aos cidadãos - pela promulgação e publicação.

¹³⁸ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. *Manual de Direito Internacional Público*. 12. ed. São Paulo : Saraiva, 1996, p.28

Apoiamos nosso entendimento nas lições de Alberto Xavier, que considera "o procedimento de formação dos tratados no direito constitucional brasileiro e, em particular, a fase de celebração, revela que se trata de um processo simultaneamente internacional e interno."¹³⁹

Assim, para que se possa, nos dizeres de Tércio Sampaio Ferraz Jr., ser assinalada a validade de um tratado, é necessário perquirir se ele seguiu os trâmites exigidos pelo nosso ordenamento jurídico, passando pelas diversas fases anteriormente descritas.

Indiscutivelmente, compete ao Presidente da República, no sistema brasileiro, entabular negociações com os governos estrangeiros com vistas à celebração dos acordos internacionais. Nossa Carta Maior, explicitamente assim o dispõe, em seu artigo 84, VIII.

Apesar de atribuída ao Presidente da República a competência para negociar com Estados estrangeiros com vistas à celebração de tratados, o Chefe de Estado não se ocupa, pessoalmente, das negociações diplomáticas dos atos internacionais. Esta tarefa está confiada ao Ministério das Relações Exteriores.¹⁴⁰

¹³⁹XAVIER, *op. cit.*, p.98.

¹⁴⁰Medida Provisória n° 813, de 1° de janeiro de 1995. *Diário Oficial da União*, de 1° de janeiro de 1995.

Sendo faculdade privativa do Presidente da República, necessitam da sua autorização, todos aqueles que receberem a incumbência para celebrar tais atos. A competência é conferida através de instrumento denominado "*plenos poderes*" que, como regra geral, é obrigatório, admitindo exceção, como a que diz respeito ao Ministro das Relações Exteriores e dos Chefes de Missões Diplomáticas.

A Constituição vigente ainda estatui, em seu artigo 49, I, ser o Congresso Nacional o órgão competente para aprovar o tratado.

Desta forma, após a negociação e assinatura, submete-se o texto, com o resultado das negociações efetuadas, assinado pelo Chefe do Executivo ou pelos plenipotenciários, à aprovação do Poder Legislativo.

Encaminhado ao Congresso Nacional, terá início na Câmara dos Deputados, a apreciação da matéria¹⁴¹. O texto será examinado pela Comissão de Relações Exteriores, que manifestar-se-á sobre o mérito do tratado e elaborará o projeto de Decreto Legislativo, consignando o seu pronunciamento acerca do tratado.

Este projeto, por sua vez, será analisado pela Comissão de Constituição e Justiça que emitirá parecer sobre a

¹⁴¹O Regimento Interno da Câmara dos Deputados foi aprovado pela Resolução nº 17, de 1989, e alterado pela Resoluções nºs 1,3, e 10, de 1991; 22 e 24, de 1992; e 25 e 37, de 1993.

constitucionalidade, legalidade, juridicidade e regimentalidade e técnica legislativa, podendo também pronunciar-se sobre o mérito.

A Comissão de Relações Exteriores é sempre a primeira a opinar, e o relator designado apresenta o parecer, aprovando ou rejeitando o acordo internacional, ou ainda formulando emendas. A Comissão delibera sobre o assunto e, aprovado, encaminha à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação. A partir desse momento, a tramitação passa a ser considerada urgente.

A matéria será apreciada no plenário em discussão única e, só podendo ser aprovado por maioria de votos, presente a maioria dos membros. Após a apreciação, o projeto do Decreto Legislativo é enviado ao Senado Federal, quer tenha sido aprovada ou rejeitada.

No Senado será lido na Hora do Expediente e despachado à Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, onde poderão ser oferecidas emendas. Esta, pronunciar-se-á através de parecer, e será incluída na Ordem do Dia. Não sendo emitido parecer incluir-se-á na Ordem do Dia, por ordem do Presidente do Senado.

O Presidente do Senado, ouvidas as lideranças, pode conferir à Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional para apreciar terminativamente os tratados e acordos internacionais. Estas deliberações serão tomadas pelo processo

nominal e por maioria de votos, estando presente a maioria dos membros. A apreciação terminativa será comunicada ao Presidente do Senado Federal para ciência do plenário e publicação no Diário do Congresso Nacional.

Se for aprovado ou rejeitado nos termos em que veio da Câmara dos Deputados, é transformado em Decreto Legislativo e promulgado pelo Presidente do Senado Federal. Dada a aprovação com emendas, deverá retornar à Câmara dos Deputados e esta então deliberará em caráter terminativo.

A aprovação do Congresso Nacional não torna o tratado obrigatório, pois o Executivo tem a liberdade de ratificá-lo ou não, conforme julgar conveniente.

A decisão de ratificar cabe ao mesmo poder, em nome do qual foram assinados os tratados. Sendo ratificado, o ato internacional deve ser promulgado pelo Presidente da República e só então torna-se executório no plano interno.

*"Os tratados tornam-se obrigatórios para os órgãos judiciais com a sua promulgação e publicação no âmbito interno do Estado."*¹⁴²

Para que se reconheça a vigência dos tratados internacionais é preciso, de início, que eles estejam integrados no ordenamento, ou seja, que tenham cumprido o

¹⁴²MELLO, *op. cit.*, p.187.

processo de formação ou produção normativa, de acordo com os requisitos do próprio ordenamento.¹⁴³

Terminada a fase constitutiva do processo produtivo de normas legais e publicado o tratado, diz-se que é vigente. A vigência é, pois, um termo com o qual se delimita, no tempo, a validade da norma. Exprime a exigibilidade de um comportamento, o qual pode ocorrer a partir de um dado instante e que perdura até que a norma seja revogada. Em regra é a publicação que confere o marco inicial da vigência. No entanto, pode ser postergada, se na publicação de seu texto não dispuser de outra forma.

A vigência das normas jurídicas em geral, está sob a diretriz genérica fixada pelo artigo 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657, de 04/09/1942¹⁴⁴ a qual determina que uma lei começa a ter vigência em todo o país quarenta e cinco dias após oficialmente publicada, salvo se na publicação dispuser de outra forma.

Arnaldo Süssekind, manifestando-se sobre a matéria, lembra que "*A vigência nacional, ou subjetiva, pressupõe, obviamente, que a convenção esteja em vigor no âmbito internacional (vigência objetiva).*"¹⁴⁵

¹⁴³FERRAZ JR., *op. cit.*, p.196.

¹⁴⁴MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O Poder de Celebrar Tratados*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p.471.

¹⁴⁵SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. São Paulo : LTR, 1994, p.32.

SEÇÃO II

HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

A chamada hierarquia das fontes, tecnicamente vem a ser um instrumento importante para o esclarecimento formal das competências estatais. Tem a Constituição como ponto de partida, sendo que, *"por pressuposto analítico, determina todas as competências normativas do Estado"*.¹⁴⁶

A questão da hierarquia coloca-se quando, dentro de um mapa horizontal, uma competência avança nos limites da outra. Neste momento, surge uma verticalização em tese organizada por uma regra estrutural do sistema, ou seja a *"lex superior"*.¹⁴⁷

Na multiplicidade das normas federais e estaduais encontramos uma unidade e uma hierarquia, sabendo-se que todas dependem da norma básica, com primado na matéria, que é a Constituição Federal.

A idéia de que norma superior prevalece sobre norma inferior é a base da hierarquia.

¹⁴⁶FERRAZ JR., *op. cit.*, p.235.

¹⁴⁷*Ibid.*, p.236.

O que faz com que uma norma prevaleça sobre outra é a relação de validade. Daí a importância de saber-se qual a posição hierárquica do tratado frente às outras normas, tendo em vista a solução de possíveis conflitos.

É natural que em algum momento possa haver conflito entre uma norma de Direito Internacional e outra de Direito Interno, aparecendo então, a necessidade de decidir de que forma tal conflito será solucionado.

Para obter-se uma resposta satisfatória é forçoso seja elucidada previamente qual a natureza jurídica das normas internacionais e determinar a sua posição hierárquica. Seriam os tratados internacionais normas constitucionais ou infraconstitucionais? Existiria alguma primazia frente ao Direito Interno?

A matéria reveste-se de importância prática, em especial nos lindes do Direito Tributário.

No entanto, Celso Ribeiro Bastos¹⁴⁸, ao discorrer sobre artigos 3º e 4º, da Constituição de 1988, comenta:

*"...de maneira inacreditável, nenhum dos dispositivos estatui de forma a tornar clara qual a **posição hierárquica** do Direito Internacional perante o*

¹⁴⁸BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. v.1, s.ed., São Paulo : Saraiva, 1988, p.450.

direito interno. Limitam-se estes dois artigos a dispor de forma principiológica e programática, repetindo no mais das vezes princípios já obsoletos que nenhuma referência necessitariam na própria Constituição, podendo no máximo constar de um programa político de governo.” (grifo nosso)

É necessário ser esclarecido que, ao tratarmos dos conflitos entre o tratados e normas internas, só estamos nos referindo àqueles tratados denominados *auto-executáveis* ou melhor, às *normas convencionais de eficácia plena*, valendo-nos dos ensinamentos de Clèmerson Merlin Clève, que assim se pronuncia:

“A doutrina do Direito Internacional Público tem tipificado as normas de um tratado segundo sua eficácia jurídica como self executing e not self executing. Ou seja, como auto executáveis e não auto-executáveis. Tal dicotomia corresponde, de uma maneira geral, à tipologia das normas constitucionais fixada pela doutrina e jurisprudência constitucionais americanas.”¹⁴⁹

No entanto, a classificação tripartite baseada naquela adotada por José Afonso da Silva para as normas

¹⁴⁹CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional : e de Teoria do Direito*. São Paulo : Editora Acadêmica, 1993, p.139.

constitucionais, alcança certas situações que a dicotomia anterior não é capaz de alcançar.

De eficácia plena seriam todas as normas que, desde a entrada em vigor do documento "*produzem todos seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los)*". E acrescenta: "*As normas internacionais de eficácia plena são de 'aplicabilidade direta, imediata e integral'*"¹⁵⁰

Isto porque só estes tipos de tratados são capazes de, na prática, ser objeto de conflito com outra norma interna. Também estamos partindo do pressuposto de que são aplicados internamente os tratados como tais, não aceitando a posição dos que crêem ser o Decreto Legislativo o ato que vincula internamente.

De acordo com a "*teoria da transformação*" o Direito Internacional, transformado em norma interna, estaria no mesmo patamar hierárquico do ato que operasse tal transformação.

Não podemos aceitar esta teoria por ser de nosso parecer, que não há, efetivamente, tal "*transformação*". Os motivos já foram adredemente discutidos, ao vermos que no Brasil incoorre o *ato de transformação* do direito convencional em Direito Interno. Em abono à nossa teoria e, em especial,

¹⁵⁰ *Ibid.* p.139.

referindo-se ao Direito Tributário, trazemos o pronunciamento de Alberto Xavier acerca do tema:

*"No direito brasileiro não existe, porém o ato de transformação do direito convencional em Direito Interno. Com efeito, o referido § 2º do artigo 5º da Constituição Federal reconhece a emergência de direitos subjetivos e garantias individuais para os brasileiros e estrangeiros residentes no país, diretamente dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte."*¹⁵¹

Da mesma forma, como já colocado anteriormente, os juízes e tribunais apreciam os direitos subjetivos emergentes *diretamente* dos tratados, isto significa que eles têm origem nas normas internacionais não previamente convertidas em leis internas. Se a Constituição menciona os *tratados* é de inferir que estes são fontes imediatos de direitos e obrigações, caso contrário, teria sido mencionado o ato no qual as normas internacionais se teriam transformado.

Decorre daí que os tratados são fonte imediata de direitos e obrigações para os seus destinatários e como tal, podem ser invocados perante os tribunais.

¹⁵¹XAVIER, Alberto. *op. cit.*, p.100-101

Em nosso ordenamento jurídico está consagrada a cláusula de recepção automática plena do Direito Internacional convencional, de harmonia com a teoria monista. No Brasil vigora o Direito Internacional convencional por efeito da vinculação internacional do Estado brasileiro, e vigora na qualidade de Direito Internacional, adotado o princípio da aplicabilidade imediata, não sendo necessária uma "transformação" ou "ordem de execução", caso a caso.

O problema da hierarquia não pode ser resolvido pela apreciação do ato que transformou a norma internacional em Direito Interno, pois este ato não existe. Àqueles que consideram o Decreto Legislativo como ato "transformador" lhes falece razão, pois, o Decreto Legislativo não é suficiente para que o tratado passe a vigorar internamente. Já vimos que, muito embora o Poder Legislativo tenha se manifestado favoravelmente ao tratado, só ao Poder Executivo cabe a competência de firmá-lo, dando o seu assentimento final, por meio da ratificação.

Desta forma, ainda que haja um Decreto Legislativo o Tratado poderá sequer entrar em vigor na ordem externa. Como aceitar que pela expedição do Decreto Legislativo incorpore-se à ordem interna?

"A ratificação é ato privativo do Presidente da República, pelo qual este confirma às outras partes, em caráter

definitivo, a disposição do Estado de cumprir um tratado internacional."¹⁵²

Passado algum tempo da assinatura, as circunstâncias podem ter se alterado e nova conjuntura não mais recomendar o engajamento do Estado. Assim, os tratados embora tenham sido aprovados pelo Poder Legislativo, não necessariamente devem ser objeto de ratificação, eis que como visto, na órbita internacional a ratificação é tida como ato discricionário, não cabendo nem sequer sanção pela sua não realização.

Estas não são apenas conjecturações. São fatos. Temos o relato seguinte:

*"São exemplos de atos internacionais submetidos ao Congresso Nacional, aprovados por este e, posteriormente, não ratificados pelo Governo, as Convenções sobre o Mar Territorial e Zona Contígua, sobre o Alto Mar, sobre Pesca e Conservação dos Recursos Vivos do Alto Mar e sobre a Plataforma Continental, concluídas em Genebra a 29 de abril de 1958, às quais o Legislativo deu seu assentimento em 1968," (Decreto Legislativo nº 45, de 15 de outubro de 1968).*¹⁵³

¹⁵²MEDEIROS, *O Poder de Celebrar...*p.468.

¹⁵³*Ibid.*, p.469

No mesmo sentido Rezek¹⁵⁴ afirmou não ter o Brasil ratificado o Tratado de amizade e comércio celebrado com a Pérsia em 1903, apesar de o Congresso tê-lo aprovado por Decreto Legislativo devendo-se a recusa "tão-só a reflexões finais do Executivo."

Estando a posição adotada pelo nosso ordenamento jurídico em perfeita consonância com a visão monista acolhida na Constituição de 1988, o problema da hierarquia dos tratados se resolve à luz da supremacia do Direito Internacional a ela subjacente.

Não tendo deixado na disponibilidade do legislador ordinário a vigência de normas de origem não unilateral fazemos nossas as palavras do mestre Alberto Xavier:

- a) o Direito Internacional convencional é colocado na ordem jurídica interna num grau hierárquico superior ao da lei;
- b) no caso de conflito o tratado se sobrepõe à lei interna.

"Com efeito, se o Estado brasileiro assegura, ao nível constitucional, a vigência de direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais em que seja parte (§2º do artigo 5º da Constituição Federal), isso significa que ele próprio tem o dever de

¹⁵⁴REZEK, José Francisco. *Direito dos Tratados*. 1.ed. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 1984, p.270.

conformar a sua ordem interna com o Direito Internacional convencional, não podendo, assim, emitir leis infraconstitucionais contrárias às normas daquele. Dito de outro modo: o Estado brasileiro não quis deixar na disponibilidade do **legislador ordinário** a vigência de normas de origem não unilateral.”¹⁵⁵ (grifos do original)

Forçoso será reconhecer, que a diretriz emergente de nossa jurisprudência é a da paridade entre tratado e legislação interna, tal como ainda recentemente se proclamou no Supremo Tribunal Federal, ao ensejo do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.347-5, de que foi Relator o Ministro Celso de Mello, no qual firmou-se entendimento que os tratados concluídos pelo Estado Federal possuem em nosso sistema normativo, o mesmo grau de autoridade e de eficácia das leis nacionais.¹⁵⁶

E como se colocam frente ao problema da hierarquia os tributaristas pátrios? O que dizem acerca do disposto no artigo 98 do Código Tributário Nacional? É o que buscaremos responder.

A matéria é de todo polêmica. De início, verifica-se que também entre os doutrinadores pátrios, não se encontram vozes uníssonas acerca dos problemas trazidos pelos tratados internacionais. Não obstante a importância, já salientada, dos

¹⁵⁵XAVIER, *op. cit.*, p.102.

¹⁵⁶DJU, 01/12/95, nº230, p. 41.685.

acordos internacionais regulando as relações de natureza tributária, em muito discrepam as opiniões, tanto da doutrina como da jurisprudência.

Ademais, é assunto que poucos se dedicaram a tratar. Em regra, quando o fazem, abordam o tema superficialmente, comentando os artigos 98 e 96 da Lei nº 5.172/66. Restringem-se, no mais das vezes, a uma simples reprodução do teor do texto legal.

Os tratados internacionais, pelo simples fato de versarem, no todo ou em parte, matéria tributária, não deixam de se caracterizar como a espécie que estudamos no campo do Direito Internacional. Assim, a análise de sua validade e vigência não foge daquilo que já foi por nós abordado.

Resta salientar que em matéria tributária, só o tratado é forma de vinculação externa do Estado brasileiro, pois os simples acordos de forma simplificada não sujeitos à ratificação do Poder Executivo, só poderão atuar, quando muito, em matéria subtraída ao princípio da legalidade, ou seja, em matéria estritamente regulamentar.¹⁵⁷

Com referência à hierarquia das normas internacionais frente às internas que versem sobre matéria tributária, há que se levar em conta alguns dispositivos encontrados em nosso Código Tributário Nacional, o que faremos oportunamente.

¹⁵⁷XAVIER, *op. cit.*, p.99-100.

De início, as divergências de opinião entre os tributaristas principiam no tocante à inclusão dos tratados internacionais no rol das fontes do Direito Tributário.

O Código Tributário é expreso a este respeito, dispondo o seu artigo 96:

"Art. 96. A expressão 'legislação tributária' compreende as leis, **os tratados e as convenções internacionais**, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes."(grifo nosso)

Dividem-se, considerando o aspecto das fontes, em dois grupos: o primeiro que entende estarem os acordos internacionais incluídos entre as vias por onde o Direito Tributário se consubstancia e se forma; e o segundo, que considera os tratados como incapazes de gerar direitos e obrigações, na ordem interna.

Pertencem ao primeiro grupo doutrinadores como Rubens Gomes de Souza, Amílcar de Araújo Falcão, Sacha Calmon Navarro, Ruy Barbosa Nogueira, Walter Paldes Valério, João Batista Celestino dentre outros.¹⁵⁸

¹⁵⁸SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. 4.ed. 2.tiragem. São Paulo : Editora Resenha Tributária, 1982, p.69; FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Introdução ao Direito Tributário*. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 1993, p.53; NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de*

Amílcar de Araújo Falcão menciona que

"Os tratados e convenções internacionais também **são fontes** do direito tributário, uma vez que adquirem a eficácia interna decorrente da aprovação pelo legislativo, conforme prescrevem os arts. 66, inciso I, e 87, inciso VII (CF/88, art. 49, I, e 84, VIII)."¹⁵⁹(grifo nosso)

Falcão lembra existir uma corrente de opinião que substancialmente, essas convenções são fontes, antes mesmo da aprovação pelo Poder Legislativo, ainda que, formalmente, só o sejam depois. No entanto, ele próprio não endossa este ponto de vista jurídico, limitando-se a aceitar os tratados como fonte, somente após adquirirem eficácia interna.¹⁶⁰

Para Rubens Gomes de Sousa: "**Os tratados ou convenções internacionais** também são fontes principais do direito positivo. Em matéria tributária, os tratados são especialmente

Direito Tributário. 9.ed. São Paulo : Saraiva, 1989, p.62; COELHO, Sacha Calmon Navarro. Os impostos sobre o consumo no Mercosul. in *Revista dos Tribunais*. v.5, out./93, p.89; VALÉRIO, Walter Paldes. *Programa de Direito Tributário*. 8.ed. rev. e atual. Porto Alegre : Sulina, 1987, p.43; CELESTINO, João Batista. *Direito Tributário nas Escolas*. 4.ed. São Paulo : Sugestões Literárias S/A, 1980, p.21.

¹⁵⁹FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Introdução ao Direito Tributário*. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 1993, p.53.

¹⁶⁰*Ibid.*, p.53.

importantes no que se refere à Alfândega e à bitributação internacional."¹⁶¹ (grifo no original)

Sacha Calmon Navarro, pronunciando-se acerca dos impostos sobre o consumo no Mercosul, lembra que, "os tratados, é bom frisar, **são fontes volitivas e negociais.**"¹⁶²

No entanto, outros manifestam-se no sentido de considerar que os tratados não são aplicados internamente. Apegam-se à teoria dualista, sustentando a eficácia dos tratados somente na órbita externa, e que, internamente, fonte do direito tributário deve ser considerado o Decreto Legislativo que o "introduz" em nosso sistema de direito positivo.

Alinham-se entre os seguidores deste pensar, Celso Ribeiro Bastos, Geraldo Ataliba, Roque Carrazza, Ives Gandra da Silva Martins, Luiz Emygdio da Rosa Junior, Miguel Lins, Célio Loureiro, Carlos Valder do Nascimento

Pronunciando-se sobre o tema, Luiz Emygdio da Rosa Júnior o faz da seguinte forma:

¹⁶¹SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. 4.ed. 2.tiragem. São Paulo : Editora Resenha Tributária, 1982, p.69-70.

¹⁶²COELHO, Sacha Calmon Navarro. Os impostos sobre o consumo no Mercosul. *Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, n.5, out./dez. 1993.

"Esclareça-se que os **tratados e convenções** internacionais não constituem fontes formais do Direito Tributário e nem integram a legislação tributária, como equivocadamente consta do art. 98 do CTN."¹⁶³(grifos do original)

Geraldo Ataliba lembra que a Constituição prescreve que os tratados somente são incorporados ao Direito Interno "por meio do Decreto Legislativo que os aprova" e prossegue afirmando:

"Ao redigir-se o art. 98 do CTN, esqueceu-se que a Constituição prescreve, de modo claro e inequívoco, que esses tratados somente são incorporados ao direito interno, por meio do decreto legislativo que os aprova. Nestas circunstâncias, estarão as autoridades e pessoas - bem como os próprios órgãos judiciários - dando aplicação não mais ao tratado internacional, mas sim, à ordem emanada do Congresso Nacional, sob a forma de decreto legislativo e que, coincidentemente, tem o mesmo conteúdo material que o tratado, mas com ele não se confunde."¹⁶⁴

¹⁶³ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário*. 10.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Renovar, 1995, p.171.

¹⁶⁴ATALIBA, Geraldo. *in* Prefácio. LOPES FILHO, Osiris de Azevedo. *Regimes Aduaneiros Especiais*. 1.ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1984, p.10-11.

Paulo de Barros Carvalho também possui a mesma convicção. Afirma:

*"Esclareça-se que os tratados e as convenções internacionais, bem como os convênios interestaduais, não são portadores de força vinculante. É imperioso, por decorrência do princípio da legalidade, que a ordem jurídica recolha a matéria desses atos multilaterais de vontade, sem o que não se dá a produção de normas válidas no direito pátrio."*¹⁶⁵

Ainda no mesmo diapasão, Miguel Lins e Célio Loureiro:

*"As normas necessárias à execução dos tratados e convenções internacionais são consubstanciadas em leis e regulamentos e constituem -se seguras fontes do Direito Tributário."*¹⁶⁶

A posição hierárquica dos tratados internacionais será vista de forma diferente, a depender do ponto de partida que se adotar. Considerando-se ter sido adotada, em nosso ordenamento jurídico, a teoria dualista, os tratados nem sequer serão tidos como fonte de direito interno. A posição monista, por outro lado, tomará o próprio tratado em consideração para estabelecer a sua hierarquia, frente as outras normas.

¹⁶⁵CARVALHO, p.58.

¹⁶⁶LINS, Miguel; LOUREIRO, Célio. *Teoria e prática do Direito Tributário*. 1.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1961, p.245.

Como é natural que seja, aqueles que propugnam pela existência de duas ordens jurídicas independentes e acatam ser o Decreto Legislativo fonte do Direito Tributário irão levar em conta a posição deste mesmo Decreto Legislativo diante das demais normas internas.

Já aqueles que consideram os tratados como fontes farão uma análise levando em consideração este diploma legislativo.

Vemos pois, diversas colocações a este respeito. Aliomar Baleeiro considera o tratado superior às normas internas de direito Tributário:

*"O art. 98 do CTN expressa a hierarquia do tratado sobre a legislação tributária antecedente ou superveniente."*¹⁶⁷

Osiris de Azevedo Lopes Filho pronuncia-se sobre o tema da seguinte forma:

"O Código Tributário Nacional dispõe, em seu artigo 76, que esses atos internacionais compõem a legislação tributária do País. Nesse passo, o seu art. 98 consagra a prevalência dos atos de nível internacional, devidamente celebrados e ratificados, sobre a legislação interna. Em outros termos, os tratados, acordos e convenções internacionais, além de disciplinarem as situações jurídicas sobre as quais

¹⁶⁷BALEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 10.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 1984, p.411.

incidem, num eventual conflito com a ordem interna, a ela se sobrepõem."¹⁶⁸

Harada Kiyoshi considera que os tratados internacionais têm grande importância "tendo em vista sua posição hierárquica; eles situam-se acima das leis ordinárias..."¹⁶⁹, seguido por Carlos Roberto de Miranda Gomes e Adilson Gurgel de Castro para quem "Os tratados e convenções internacionais - são atos cuja hierarquia está colocada em plano imediato ao da lei complementar, consoante se depreende do art. 98 do Código Tributário Nacional."¹⁷⁰

Ainda no mesma linha Fábio Leopoldo: "O artigo 96 combinado com o art. 98 do CTN deixa antever uma hierarquização das fontes, evidenciando que os Tratados e Convenções Internacionais prevalecem sobre a lei interna."¹⁷¹

¹⁶⁸ LOPES FILHO, Osiris Azevedo. *Regimes Aduaneiros Especiais*. 1.ed. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p.35.

¹⁶⁹ KIYOSHI, Harada. *Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo : Atlas, 1995, p. 159.

¹⁷⁰ GOMES, Carlos Roberto de Miranda; CASTRO, Adilson Gurgel de. *Curso de Direito Tributário*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo : Saraiva, 1987, p.24.

¹⁷¹ OLIVEIRA, Fábio Leopoldo. *Manual básico de Direito Tributário*. São Paulo : Jornalivros do Brasil, 1989, p.

Adepto da teoria dualista, temos Paulo de Barros Carvalho, para quem o Decreto Legislativo:

"Adquire grande relevância no direito brasileiro como veículo que introduz o conteúdo dos tratados e das convenções internacionais no sistema normativo[...]"

*E é precisamente por essa razão que o decreto legislativo assume importância significativa com instrumento primário de introdução de regras tributárias."*¹⁷²

Não podemos concordar com aqueles que crêem ter o nosso sistema de direito positivo adotado a teoria dualista. Estamos, pelos motivos previamente abordados, entre os adotantes da teoria monista com primazia do Direito Internacional. Desta forma, os tratados, em si mesmos, são os atos normativos capazes de gerar direitos e obrigações na ordem interna, sendo, portanto, fontes do Direito Tributário.

O artigo 98 do CTN, possuidor de força de lei complementar, apto portanto para dispor sobre normas gerais de Direito Tributário, determina, com muita propriedade, a posição hierárquica superior dos tratados frente às leis ordinárias.

¹⁷²CARVALHO, p.58.

Para nós, sua posição é superior às leis ordinárias, sem contudo, sobrepor-se às normas constitucionais.

Não obstante, consideramos a impropriedade do artigo 98 ao determinar que os tratados internacionais **revogam** a legislação que disponha contrariamente. Cremos que o legislador melhor se sairia se dissesse **suspende a aplicação** e, ainda somente com respeito àquelas situações ou fatos abrangidos pela norma convencional. Tanto é assim que, mesmo sendo contrária ao tratado, a norma interna será aplicada se este for denunciado.

Sabe-se que em nosso ordenamento jurídico não há que se falar em efeito reprecinatório da lei, o que nos leva à conclusão de que, no caso em tela, houve apenas a **suspensão da eficácia**.

SEÇÃO III

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS TRATADOS

Só se passa a questionar a constitucionalidade dos tratados, após a Revolução Francesa, quando o monarca deixou de ser senhor soberano de seu Estado.

Até então, como nos relata Cachapuz de Medeiros, "sendo absoluta a vontade dos monarcas, não poderiam existir nem tratados inconstitucionais, nem regras constitucionais capazes de entrar em contradição com o Direito Internacional Público."¹⁷³

Este estado de coisas alterou-se com a transição para o regime democrático e representativo. No instante em que a Constituição atribui aos poderes Executivo e Legislativo a competência para formar a vontade do Estado, e ao Executivo a competência para declará-la, possibilita a ocorrência da inconstitucionalidade extrínseca ou formal.¹⁷⁴

A superioridade de norma convencional sobre a Constituição, embora aceita por muitos doutrinadores, é questão a ser solucionada pelo ordenamento jurídico interno de cada país. É, pois, a Constituição de cada Estado que determina os limites, as condições e os órgãos representativos capazes de determinar a posição dos tratados, frente à ordem constitucional.

Entre nós, foi apenas com a Constituição de 1967, em sua redação originária (art. 114, III, "b"), ou na resultante da Emenda nº 1/69 (art. 119, III, "b"), que ficou expressamente

¹⁷³MEDEIROS, *O Poder Legislativo ...* p.25.

¹⁷⁴MEDEIROS, *O Poder de Celebrar...* p.244.

estabelecido o controle de constitucionalidade dos tratados, pelo Supremo Tribunal Federal.

A atual Carta também prevê a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar, mediante recurso extraordinário, quando a decisão recorrida "*declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal*". (Art. 102, III, "b") Assim, ainda que não tenha abordado o assunto em linguagem direta, deixa claro que os tratados encontram-se sujeitos ao controle de constitucionalidade, a exemplo dos demais componentes infraconstitucionais do ordenamento jurídico. Temos, portanto, que no Brasil, a norma convencional não pode contrariar a Constituição.

Com muita clareza, posiciona-se José Francisco Rezek:

*"Embora sem emprego de linguagem direta, a Constituição brasileira deixa claro que os tratados se encontram aqui sujeitos ao controle de constitucionalidade, a exemplo dos demais componentes infraconstitucionais do ordenamento jurídico."*¹⁷⁵

Analisando a questão, Gilmar Ferreira Mendes posiciona-se da seguinte forma:

¹⁷⁵REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público : curso elementar*. 5.ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 1995, p.104.

"Aparentemente, inexistente qualquer referência expressa, na doutrina pátria, quanto à possibilidade de submeter tratado ou convenção ao juízo de constitucionalidade. Não se nos afigura possível, todavia, infirmar a verificação da constitucionalidade, nessas hipóteses, uma vez que, com a incorporação ao Direito nacional, os tratados e convenções passam a ter eficácia plena no âmbito do ordenamento jurídico pátrio."¹⁷⁶

Admitindo, pois, o controle, acrescenta que a pronúncia de inconstitucionalidade com o reconhecimento da nulidade, parece atingir tão-somente as normas de aprovação, ratificação e promulgação, resolvendo-se na não aplicação, sendo impossível decretar a nulidade na espécie.

Não concordamos com a afirmação de a doutrina ter sido silente acerca da possibilidade do controle de constitucionalidade. Vários autores esclarecem essa posição, como Celso Duvivier de Albuquerque Mello, Rezek, Hildebrando Accioly e Haroldo Valladão e outros mais.

Valladão admite que a Constituição não revoga o tratado, mas afirma que um tratado não pode violar a Constituição.

¹⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade : aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo : Saraiva, 1990, p.266.

No Brasil, quando proibiu-se a extradição por dispositivo constante da Carta Magna de 1934, consideraram-se revogados os tratados de extradição que a admitiam.

Em 1974, o STF declarou inconstitucionais, em parte, alguns artigos da Convenção da OIT referentes às condições de trabalhadores em fazenda. O Brasil, após cumprir o prazo exigido pela convenção acabou por denunciá-la.

Introduzido pela Constituição americana e seguida pelas cartas francesas pós-revolucionárias, o controle de constitucionalidade dos tratados tem sido a tendência universal, que se desenvolveu em conjunto com a democracia.

Em relação à Constituição estatal, os tratados podem apresentar problemas de constitucionalidade de duas espécies: *constitucionalidade extrínseca* e *constitucionalidade intrínseca*.

A *constitucionalidade extrínseca* ocorre quando a Constituição determina ser necessária a aprovação do Legislativo para que o tratado seja ratificado pelo Poder Executivo, e este o ratifica, sem a devida aprovação. É também denominada ratificação imperfeita.

A ratificação serve para permitir aos órgãos competentes do Estado meditareem sobre o tratado, suas

conseqüências e sua oportunidade, bem como verificarem se está em consonância com os preceitos constitucionais.

No que diz respeito à ratificação sem a devida aquiescência do Legislativo, a doutrina dividiu-se em três grupos: uma admitindo a validade dos tratados assim ratificados, outra, sustentando a nulidade do tratado e uma terceira, sustentando a nulidade apenas quando a violação for notória.

A Convenção de Viena adotou a última posição, que parece ser a que melhor atende às necessidades da vida internacional e resguarda a segurança das relações internacionais.

No entanto, nos últimos decênios têm-se propagado práticas no sentido de fugir ao controle do Congresso, tendo em vista sua morosidade, que já não se coaduna com as necessidades das práticas internacionais. É feito através dos acordos em forma simplificada, não sujeitos à aprovação do Legislativo.

No tocante à necessidade de o tratado ser apreciado pelo Poder Legislativo, existem duas posições antagônicas:

- a) a vertente doutrinária que se pronuncia pela necessidade de todos os tratados serem submetidos à deliberação do Poder Legislativo;

b) a vertente doutrinária que admite a possibilidade de alguns tratados serem celebrados pelo Poder Executivo, sem aprovação congressional.

Filiam-se à primeira posição Manoel Gonçalves Ferreira Filho, José Cretella Junior, Luis Ivani de Amorim Araújo, Oscar Dias Corrêa e outros.

Aderem à segunda forma de pensar, Celso Duvivier de Albuquerque Mello, José Francisco Rezek, José Sette Câmara, Antonio Augusto Cançado Trindade e Vicente Marotta Rangel.

Luis Ivani de Amorim Araújo,¹⁷⁷ é de opinião que todos os acordos internacionais devem ser submetidos à apreciação do Poder Legislativo. Assim manifestou-se a este respeito:

"A necessidade de o Congresso Nacional apreciar todos os tratados concertados pelo Presidente da República - e não apenas os que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional - é para nós um imperativo categórico, não obstante a diversidade doutrinária reinante entre juristas."

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o artigo 49, I, é claro: sujeitar à aprovação do Congresso Nacional todo

¹⁷⁷ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Curso de Direito Internacional Público*. 8.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 1995, p.36.

ato internacional que acarrete encargo ou gravame para o patrimônio nacional, isto é, que traga ônus para o País.

Mas, acrescentou:

*"A redação, inadequada, deste inciso, não importa em excluir, como parece, a necessidade de aprovação, por parte do Congresso Nacional, de atos internacionais, celebrados pelo Presidente da República, como tratados e convenções, que não pesem diretamente sobre o patrimônio nacional. Cumpre lembrar que o artigo 84, VIII, prevê tal aprovação, 'referendo' como diz."*¹⁷⁸

José Cretella Júnior, por sua vez, concebe que os tratados e convenções internacionais não adentram no mundo jurídico, como atos perfeitos e acabados, sem o referendo ou chancela do Congresso Nacional.¹⁷⁹

Por outro lado, a nova Constituição não modificou a posição de autores que admitiam a possibilidade de se firmar acordos sem a prévia aquiescência do Congresso Nacional. É o caso de Celso Duvivier de Albuquerque Mello.

¹⁷⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo : Saraiva, v.2, 1992, p.21.

¹⁷⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo/Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1991, v.5, p.2907.

A par dele, doutrinadores como José Sette Câmara, Guido Soares, Cançado Trindade e Marotta Rangel, mantiveram esta posição. Apresentando argumentos diferentes, consideram também desnecessária a aprovação prévia do Poder Legislativo para firmarem-se certos tipos de tratados.

Verifica-se a *constitucionalidade intrínseca* quando o tratado embora ratificado pelo Executivo, com a aprovação prévia do Legislativo, viola preceito constitucional do Estado.

Estas questões pertencem ao inter-relacionamento do Direito Internacional e o Direito Interno. As dúvidas que surgem dizem respeito unicamente à execução interna dos acordos, pois na ordem internacional, ele é considerado perfeitamente válido.

Nossa Constituição é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro, sendo que só ela confere poderes e competências governamentais, e apenas nela, toda autoridade encontra fundamento. As normas integrantes do ordenamento jurídico nacional só serão válidas se conformarem-se com as normas constitucionais.

Confrontando-se as regras internacionais com a Constituição de um país, pode-se encontrar algumas situações distintas:

- a) a norma pode configurar-se mera repetição ou explicitação de um texto constitucional;

b) pode ser expressão de um direito distinto, não previsto explicitamente na Constituição. Neste caso, ainda, poderá ser "conforme" à Constituição ou contrária a ela.¹⁸⁰

A convicção de que a lei fundamental não pode sucumbir frente aos tratados é expressa em algumas Constituições, como a da França de 1958, a da Argentina de 1976, a da Espanha de 1978. Excepcional a holandesa ao admitir que tratados internacionais, em determinadas circunstâncias, derroquem o seu texto e, cuja promulgação seja capaz de importar, por si mesma, uma reforma constitucional.

Os tratados devem estar em consonância com as normas constitucionais dos Estados contratantes. Todavia, a inconstitucionalidade intrínseca das normas convencionais não deve ser motivo para a inaplicação do tratado, como orienta a Suprema Corte norte-americana. A própria Convenção de Viena determina que um Estado não pode invocar o seu Direito Interno para não executar o tratado.

Atualmente, considera-se que o sentido e alcance das normas jurídicas devem ser determinados com o auxílio de elementos de natureza histórica, lógica, sistemática, sociológica, filosófica, além do elemento filológico.

¹⁸⁰GOMES, Luiz Flávio. *A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil: particular enfoque da convenção americana sobre direitos humanos*. Revista dos Tribunais, v.710, dez.94, p.25.

Relata-nos Cachapuz de Medeiros que no tocante ao artigo 84, VIII, a interpretação não oferece dificuldades. A norma simplesmente reproduz a que já continha a Carta de 1969, apenas substituindo a expressão latina "ad referendum" pela equivalente em língua portuguesa "sujeitos a referendo".

Com referência ao artigo 49, inciso I, há necessidade de trazer à baila alguns fatos. Inicialmente, a Comissão de Redação da Assembléia Nacional Constituinte não foi fiel à vontade do Plenário, que em primeiro turno de votação havia aprovado o seguinte texto:

Artigo 58. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - aprovar, ou não, tratados e acordos internacionais ou atos que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;"

"No espaço de seis dias, a Comissão de Redação, a quem competia apenas cuidar dos aspectos formais, da técnica legislativa e da correção de linguagem do texto e que, como declarou Ulysses Guimarães, não podia exorbitar das suas funções, alterou substancialmente o conteúdo do artigo 49, inciso I."¹⁸¹

¹⁸¹MEDEIROS, *O Poder de Celebrar...*p.381-382.

Foi ele aprovado por 474 votos a favor, 15 contra e 6 abstenções, e promulgado, como a seguinte redação:

"Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;"

Assim, os textos aprovados em sessão plenária conferiram ao Congresso competência para resolver sobre tratados e acordos internacionais, bem como sobre atos que acarretem encargos financeiros ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Ao alterar a posição do qualificativo *internacionais* a Comissão de Redação alterou completamente o artigo 49, I. Pela nova redação o passou a dar a entender que a competência é restrita à aprovação dos tratados que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional enquanto o artigo 84, dá ao Presidente da República poderes para celebrar tratados convenções e atos internacionais, mas exigem que todos sejam submetidos ao referendo congressional.

Concordamos com Cachapuz que busca a solução da seguinte forma:

"Do ponto de vista lógico-sistemático, há que considerar que os dispositivos em questão fazem parte do mesmo título da Constituição (Da organização dos Poderes) e são como que as duas faces de uma mesma moeda: o artigo 84, VIII, confere ao Presidente da República o poder de celebrar tratados, convenções e atos internacionais, mas especifica que estão todos sujeitos ao referendo do Congresso Nacional; o artigo 49, I, destaca que os tratados, acordos ou atos internacionais, assinados por quaisquer autoridades do Governo brasileiro, que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, precisam ser aprovados pelo Congresso.¹⁸²

Verifica-se que embora se tenha tentado interpretar restritivamente os preceitos constitucionais mencionados, tal não é a interpretação dominante. Como já mencionado, os acordos em forma simplificada, embora na prática, continuem sendo utilizados e cuja admissibilidade vem sendo sustentada por boa parte da doutrina desde a Carta de 1946, pouca importância possuem no tocante à questão tributária.

Assim sendo, os tratados internacionais em matéria tributária, devem necessariamente ser objeto de apreciação pelo Poder Legislativo, estando pois sujeitos ao controle de constitucionalidade tanto intrínseco como extrínseco.

¹⁸² *Ibid.* p.479.

CONCLUSÕES

De todo o exposto concluimos:

1- Os tratados internacionais, importante fonte do direito, existem desde os mais remotos tempos, tendo servido como instrumento para celebrar a paz, aliança, amizade e cooperação dos povos.

2- Apresentam-se como uma manifestação, por escrito, de acordo de vontades entre sujeitos de Direito das Gentes, dos quais derivam direitos e obrigações para as partes, bem como para os particulares.

3- Além do termo "tratado" diversas outras denominações têm sido utilizadas para referir-se aos acordos internacionais, sem que o Direito Internacional tenha feito distinção alguma entre elas.

4- A relação entre o Direito Interno e o Direito das Gentes constitui assunto ainda não assentado na doutrina. Delineam-se duas correntes básicas: a *monista*, para a qual não existem limites entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna, e a *dualista*, segundo a qual existe uma dualidade de ordens jurídicas, uma interna e outra externa. Ambas as correntes são passíveis de críticas.

5- De acordo com a teoria adotada haverá reflexos nas questões de validade, vigência e controle de constitucionalidade das normas do direito convencional.

6- Os Estados ainda estão muito presos à antiga noção de soberania, o que vem a prejudicar o desenvolvimento do Direito Internacional. A Convenção de Viena sobre tratados não foi taxativa consagrando a superioridade de uma das normas, em caso de conflito de norma convencional com a norma interna.

7- A solução do conflito deve ser encontrada com base no sistema jurídico de cada Estado, não se devendo transmudar os conceitos de um para outro, salvo nos casos de idênticas disposições da Lei Suprema.

8- A prática internacional tem demonstrado que nenhuma destas teorias está claramente consagrada no ordenamento jurídico dos diferentes países. Cada integrante da Sociedade Internacional dita as regras de composição da maneira que entende melhor, determinando, através da Constituição Nacional, a condição em que aceita, internamente, os tratados internacionais.

9- De acordo com a forma pela qual tratam do problema, as Constituições dos Estados podem adotar a norma convencional automaticamente ou não, podem optar pela supremacia do tratado sobre a lei, expressa ou tacitamente, como ainda, adotar a posição inversa, considerando o primado da lei sobre os acordos internacionais.

10- Em regra os Estados cumprem as normas de Direito Internacional independentemente da colocação constitucional, no entanto, procuram regular a matéria de forma que lhes seja conveniente.

11- O processo de celebração dos tratados foi no passado, assunto de estrita competência pessoal dos Reis, considerados pessoas de Direito Internacional e capazes de celebrar tratados.

Isso começou a mudar a partir da declaração de independência dos Estados Unidos e da Revolução Francesa, em que a titulariedade da soberania transferiu-se do monarca ao povo.

12- O Poder Executivo, em regra, detem atualmente o poder de celebrar tratados, não podendo assumir compromissos externos, sem a devida autorização da vontade da Nação, expressa por meio do Parlamento, eleito pelo povo.

13- Trata-se de um processo complexo, caracterizado pela acentuada predominância do Executivo, sendo a negociação efetuada por agentes diplomáticos designados pelo Chefe do Executivo, e que só se aperfeiçoa externamente após o ato da ratificação efetuada também pelo Executivo com o assentimento do Poder Legislativo.

14- No Brasil, o tratado internacional regularmente concluído pelo Poder Executivo é fonte de direito expressamente previsto na Carta Magna.

Nossa Lei Maior admitindo diversas fontes previu para cada uma delas um processo diferente de elaboração conquanto haja etapas comuns a algumas delas.

15- No tocante aos tratados internacionais em matéria tributária, os doutrinadores pátrios também não são unânimes em suas considerações. Alguns negam o papel de fonte de direito aos tratados, considerando apenas o decreto legislativo que o aprovou como gerador de direitos e obrigações. Outros ao contrário, consideram-nos uma das mais importantes fontes de direitos e obrigações.

Nasce a divergência das concepções monista e dualista do inter-relacionamento entre Direito Internacional e Direito Interno.

16- Somos de parecer que a Carta Magna atual adotou a posição monista, sendo portanto aplicados os tratados internacionais sem necessidade de *transformação*.

17- O Decreto Legislativo, embora emanado do poder legiferante por natureza, é apenas o instrumento estipulado pela Constituição, para que o Poder Legislativo manifestasse seu assentimento ao Poder Executivo em obrigar a Nação pelo tratado. Não tem o condão de transformá-lo em lei (em sentido amplo), pois a atribuição do Poder Legislativo, neste caso, é o de *resolver*, no sentido de referendar, os tratados e não de legislar.

O Decreto Legislativo não pode ser considerado como o ato que introduz o tratado internacional na ordem interna eis que, ao momento de sua promulgação, o tratado ainda não foi ratificado, não existindo na ordem externa e este não poderia ter vigor internamente antes de viger externamente.

17 Por outro lado, a promulgação através de decreto, é fase posterior ao processo de elaboração da norma jurídica. É por ela que se confere força executória, atestando o cumprimento das condições necessárias à sua conclusão. Os tratados internacionais fonte normativa que são, após concluídos, devem ser promulgados pelo Presidente da República em virtude da competência que lhe foi conferida pela Constituição. O Decreto promulgatório não converte o tratado em norma interna eis que antes, já é lei.

18- A doutrina e a jurisprudência predominantes admitem a obrigatoriedade dos tratados após sua promulgação sem necessidade de ato legislativo posterior.

19- Predominava nos pronunciamentos do Supremo Tribunal, na impossibilidade de conciliação, a tendência da primazia do Direito Internacional passando a admitir-se o sistema paritário, com prevalência da lei interna a partir do RE.nº 80.004. Vislumbra-se uma mudança na jurisprudência com os últimos julgamentos efetuados.

20- Os tratados internacionais, em nosso sistema de direito positivo, situam-se hierarquicamente, abaixo das normas constitucionais, pois há a previsão do controle de constitucionalidade, e acima das leis ordinárias no tocante ao Direito Tributário, eis que o disposto no art. 98 do Código Tributário Nacional expressamente o determina.

Não tem aplicação no Brasil, o princípio do *lex posterior derogat priori*, uma vez que o tratado concluído obriga o Estado como um todo, abrangendo o Executivo, Legislativo e Judiciário.

Assim, lei posterior não deve modificá-lo, pois em sua formação não participam todos os que intervieram na conclusão do tratado.

21- Os acordos internacionais entram em vigor externamente na troca dos instrumentos de ratificação e, internamente com o Decreto de promulgação, pelo Chefe do Executivo.

22- Havendo conflito com a Constituição há dispositivo expresse vedando a aplicação de tratado que a contrarie.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. 2.ed. Rio de Janeiro : Ministério das Relações Exteriores, 1956. 3v.
- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público*. 12.ed. São Paulo : Saraiva, 1996.
- ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Curso de Direito Internacional Público*. 8.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 10.ed. rev. e atual. por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- BARROS, Luiz Celso de. *Direito Tributário*. 1.ed. Bauru : Editora Jalovi, 1981.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. 2.ed. São Paulo : Saraiva, 1992.
- _____. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1.ed. São Paulo : Saraiva, 1988, v.1.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Introdução ao estudo do Direito*. 2.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. s.ed. São Paulo : Edição Saraiva, 1963.
- BORGES, José Souto Maior. *Lei Complementar Tributária*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1975.
- BOSON, Gerson de Britto Mello. *Direito Internacional Público*. Belo Horizonte : Livraria Del Rey Editora, 1994.
- BRIERLY, J. L. *Direito Internacional*. 4.ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.
- BROTONS, Antonio Remiro. *Derecho Internacional Público. II. Derecho de los Tratados*. Madrid : Editorial Tecnos, 1987.
- CAMPOS, Francisco. *Imposto de Vendas e Consignações. Incidência em Sobretaxas cambiais. Ágios e*

- Bonificações. Acordos Internacionais sobre Paridade Cambial.* in: *Revista de Direito Administrativo*, v.47.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. 1.ed., Coimbra : Coimbra Editora, 1991.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 5.ed. 2.reimp. Coimbra : Livraria Almedina, 1992.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros Editores, 1993.
- CASSONE, Vitório. *Direito Tributário*. 2.ed. atual. pela nova Constituição. s.ed. São Paulo : Atlas, 1990.
- CASTRO, Amilcar de. *Direito Internacional Privado*. v.1, Rio de Janeiro : Forense, 1956.
- CELESTINO, João Baptista. *Direito Tributário nas escolas*. 4.ed. São Paulo : Sugestões Literárias S/A, 1980.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional (e de teoria do direito)*.1.ed. São Paulo : Editora Acadêmica, 1993.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988 : sistema tributário*. 6.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro : Forense, 1994.
- _____. Os impostos sobre o consumo no Mercosul. *Revista dos Tribunais : Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo, n.5, out./dez. 1993.
- _____. *Teoria geral do tributo e da exoneração tributária*. s.ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1982.
- COSTA, Alcides Jorge. *Icms na Constituição*. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 46, p. 1988.
- COSTA, Alcides Jorge. *ICM na Constituição e na lei complementar*. 1.ed., São Paulo : Editora Resenha Tributária, 1978.
- DUPUY, René-Jean. *O Direito Internacional*. 1.ed. Coimbra : Livraria Almedina, 1993.
- FALCÃO, Amílcar. *Introdução ao Direito Tributário*. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 1993.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito : técnica, decisão, dominação*. 2.ed, São Paulo : Atlas, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários 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*. Brasília, 1978. Dissertação de Mestrado em Direito e Estado. Departamento de Direito. Universidade de Brasília.

GOMES, Carlos Roberto de Miranda; CASTRO, Adilson Gurgel de. *Curso de Direito Tributário*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo : Saraiva, 1987.

GOMES, Luiz Flávio. A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil: particular enfoque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *in: Revista dos Tribunais*, n. 710, dez.1994.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de direito financeiro e tributário*. s.ed. São Paulo : Saraiva, 1993.

_____. *Reflexões sobre a arquitetura do Direito Tributário*. 1.ed. São Paulo : Editora privativa do autor, 1988.

KIYOSHI, Harada. *Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo : Atlas, 1995.

LINS, Miguel; LOUREIRO, Célio. *Teoria e prática do Direito Tributário*. 1.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1961.

LITRENTO, Oliveiros L. *Manual de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro : Forense, 1968.

_____. *Direito Internacional Público em textos*. 2.ed. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 1985.

LOPES FILHO, Osiris de Azevedo. *Regimes Aduaneiros Especiais*. 2.ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1984.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 3.ed., Rio de Janeiro : Forense, 1985.

- _____. *Temas de Direito Tributário*. 1.ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Curso de Direito Tributário*. 2.ed. atual. Belém : CEJUP, 1993.
- MATTOS, José Dalmo Fairbanks Belford de. *Manual de Direito Internacional*. 1.ed. São Paulo : Edição Saraiva, 1979.
- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de, *O Poder de Celebrar Tratados*. s.ed. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.
- _____. *O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais*. Porto Alegre : L&PM Editores, 1983.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 10.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro : Editora Renovar, 1994.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo : Saraiva, 1990.
- MERSÁN, Carlos A. *Direito Tributário*. Trad. de Djalma Campos. 2.ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1988.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*. 2.ed. rev. aum. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 1993.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Princípios fundamentais da legislação tributária*. 2.ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1984.
- NAVARRO, Mariano Aguillar. *Derecho Internacional Publico*. tomo I, v.1. Madrid : E.I.S.A., 1952.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 9.ed. São Paulo : Saraiva, 1989.
- NUNES, Vidal Serrano. *Direito Tributário Comentado : tributos, impostos, taxas, base de cálculo, fato gerador*. s.ed. São Paulo : Angelotti, 1993.
- OLIVEIRA, Fábio Leopoldo de. *Manual básico de Direito Tributário*. São Paulo : Jornalivos do Brasil, 1989.

- _____. *Curso Expositivo de Direito Tributário*. s.ed. São Paulo : Ed. Resenha Tributária, 1976.
- PAES, P. R. Tavares. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 4.ed. rev. atual. e aum. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. s.ed. São Paulo : Editora Max Limonad, 1996.
- RANGEL, Vicente Marotta. *Emendas de Tratados Internacionais*. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, v.8, 1994.
- REZEK, José Francisco. *Direito dos Tratados*. 1.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- _____. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Saraiva, 1995.
- RODAS, RODAS, João Grandino. *Tratados internacionais*. São Paulo : RT, 1991.
- ROMITA, Arion Sayão. *Efeitos da Ratificação da Convenção nº 158 da OIT sobre o Direito Brasileiro*. in *Repertório IOB de Jurisprudência*, nº 5/96
- ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário*. 10.ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro : Renovar, 1995.
- ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. 3.ed. aument. y correg. de la versión castellana, con notas y bibliografía adicionales, por Fernando Gimenez Artigues. Barcelona : Ediciones Ariel, 1966.
- RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *Direito Internacional Público*. v.1, 1.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1989.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento Tributário*. s.ed. São Paulo : Editora Max Limonad, 1996.
- SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Teoria e prática das isenções tributárias*. 2.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1990.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1990.

- SOARES, Carlos David de Oliveira. *Direito Tributário*. 1.ed. São Paulo : Editora Meta, 1995.
- SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. 4.ed. 2.tiragem. São Paulo : Editora Resenha Tributária, 1982.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. São Paulo : LTR, 1994.
- _____. *Direito internacional do trabalho*. São Paulo : LTR, 1983.
- _____. *Tratados internacionais : sua executoriedade no direito interno brasileiro*. Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, n.21, p.313, dez/1992.
- SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *O Congresso Nacional e a produção de normas tributárias. O sistema tributário na revisão Constitucional*. coord. Dejalma de Campos. São Paulo : Atlas, 1993.
- TAVOLARO, Agostinho Toffoli. *Tratados para evitar dupla tributação*. In: Martins, Ives Gandra da Silva et alli. *Curso de Direito Tributário*. v.1, 2.ed. Belém : Cejup, 1993.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 7.ed. ampl. e rev. de acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 2.ed. atual. e rev. Rio de Janeiro : Renovar, 1995.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos : fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo : Saraiva, 1991.
- VALÉRIO, Walter Paldes. *Programa de Direito Tributário : parte geral*. 8.ed. rev. e atual. Porto Alegre : Sulina, 1987.
- VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. s.ed. Rio de Janeiro : Livraria Freitas Bastos, 1968.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria Geral do Direito*. v.1. Teoria da Norma Jurídica 3.ed. rev. São Paulo : Malheiros Editores, 1993.

VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. s.ed.
Madrid : Aguilar, 1973.

VIEIRA, José Roberto. *A regra-matriz de Incidência do IPI: texto e contexto*. Curitiba : Juruá, 1993.

VISSCHER, Charles de. *Teorías y Realidades en Derecho Internacional Público*. Barcelona : Bosch Casa Editorial, 1962.

XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil : Tributação das Operações Internacionais*. 2.ed. tot. ref. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 1993.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	1
Capítulo Primeiro - TRATADOS INTERNACIONAIS.....	4
Seção I - Origens.....	6
§1º Antigüidade.....	7
§2º Idade Média.....	11
§3º Idade Moderna.....	12
§4º Idade Contemporânea.....	13
Seção II - Conceito.....	14
Seção III - Terminologia.....	20
Seção IV - Classificação	22
§1º Quanto ao número de signatários.....	23
A - Bilaterais.....	23
B - Multilaterais.....	24
§2º Quanto à natureza e alcance jurídico.....	24
A - Tratados-leis.....	25
B - Tratados-contratos.....	25
§3º Quanto à extensão do processo adotado.....	27
A - Processo solene e completo.....	27
B- Processo abreviado.....	28
Capítulo Segundo - TEORIAS ACERCA DO INTER-RELA- CIONAMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E DIREI- TO INTERNO.....	30
Seção I - Direito Internacional Público e Direi- to Interno.....	31

Seção II - Teoria Dualista.....	35
§1º Origem e denominação da teoria.....	35
§2º Exposição da teoria.....	36
§3º Crítica à teoria dualista.....	41
 Seção III - Teoria Monista.....	 44
§1º Exposição da teoria.....	44
§2º Variantes encontradas.....	46
§3º O problema da supremacia.....	47
A - Monismo com supremacia do direito interno.....	48
B - Monismo com primazia do direito internacional.....	50
§4º Críticas à teoria monista.....	52
 Seção IV - Teorias Conciliatórias.....	 55
 Seção V - Prática Internacional.....	 57
§1º Cláusula da adoção global das regras do Direito Internacional pelo Direito Interno.....	59
§2º Cláusula da adoção global das regras do Direito Internacional pelo Direito Interno com supremacia do primeiro.....	60
§3º Sistema de incorporação obrigatória mas não automática.....	61
§4º Cláusula que submetendo o Estado ao Di- reito Internacional, não trata da integra- ção deste no Direito Interno.....	62
§5º Tendência atual.....	62
 Capítulo Terceiro - Celebração dos Tratados Inter- nacionais.....	 64
Seção I - Processo de Celebração dos Tratados.....	65

§1° - Negociação.....	66
A - Iniciativa.....	67
B - Local.....	68
C - Idioma.....	69
D - Capacidade para firmar tratados.....	70
E - Competência para firmar tratados.....	72
§2° - Assinatura.....	77
§3° - Ratificação.....	80
A - Definição.....	81
B - Importância.....	82
C - Competência para ratificar.....	84
D - Prazo.....	84
E - Ratificação condicional.....	85
F - Troca de Instrumentos da Ratificação...	86
G - Reservas.....	87
H - Irretratabilidade.....	90
§4° - Promulgação.....	90
§5° - Publicação.....	91
§6° - Registro.....	93

Capítulo Quarto - Tratado Internacional na ordem interna.....94

§1° Posição jurisprudencial.....	109
§2° Posição doutrinária.....	113
A - Sistemas paritário.....	114
B - Primazia do Direito Interno.....	116
C - Primazia dos tratados.....	118

Seção I - Tratados Internacionais e a Constituição de 1988.....	119
§1° Posição doutrinária.....	123

Capítulo Quinto - Problemas propostos pelo Direito Tributário com relação aos tratados internacionais.....128

Seção I - Validade e Vigência dos tratados.....	131
Seção II - Hierarquia dos tratados internacionais...	141
Seção III - Controle de constitucionalidade dos tratados.....	159
CONCLUSÕES.....	172
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	178