

**ESTÁTICA E DINÂMICA DO DIREITO DOS TRATADOS:  
ABORDAGEM A PARTIR DO  
DIREITO INTERNACIONAL TRIBUTÁRIO**

**GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO**

**RESUMO**

O artigo faz uma análise comparativa entre o processo legislativo de aprovação de um tratado internacional, tendo como parâmetro o processo legislativo de aprovação de leis ordinárias (estática do Direito dos Tratados) para, em seguida, analisar as razões que justificam o enquadramento hierárquico dos instrumentos internacionais no sistema jurídico interno (dinâmica do Direito dos Tratados), tomando como referência o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Tributário.

**ABSTRACT**

The article does a comparative analysis between the legislative process for approval to a international treaty, its parameter is the legislative process for approval to ordinary laws (static of Law of Treaties) so, next, try to analyse the reasons that justify the hierarchical framing of the international instruments in the internal law system (Law of Treaties dynamics), referring the International Human Rights Law and the International Tax Law.

## **1. DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS: IMPLICAÇÕES DO TEMA**

O Direito Internacional, como ramo didático do Direito, surge em épocas e com vertentes absolutamente distintas. Apesar de ser correto afirmar que hoje o Direito Internacional pode ser percebido e didaticamente catalogado por meio do conteúdo das relações fáticas subjacentes, nem sempre isto foi uma verdade assente.

Durante boa parte da História, as vertentes do Direito Internacional eram separadas em razão das pessoas envolvidas nas relações analisadas. Assim, sempre que se tratasse de relações travadas entre pessoas físicas<sup>1</sup> de nacionalidades ou domicílios diversos, a respeito de questões juridicamente relevantes e que apresentassem algum outro elemento estrangeiro, dizia-se estar diante de hipóteses de direito internacional privado, ramo mais antigo, nascido em meados da Idade Média, quando as relações comerciais e interpessoais passaram a ser travadas por pessoas ligadas a burgos e comunas diversas, devendo-se decidir qual seria a lei aplicável em cada caso, dependendo da maior irradiação de efeitos.

---

<sup>1</sup> O conceito de pessoa jurídica era, ainda, inexistente por esta época, apesar de se poder verificar nesse período a sua gênese, muito em razão das corporações de ofício, então incipientes.

Por outro lado, as relações travadas entre Estados soberanos só

passaram a ocorrer no contexto da Paz de Westphalia, quando surge a noção de Estado moderno, detentor por excelência do poder de dizer o direito e que, nestes termos, não podia aquiescer relativamente a um poder de mesma dimensão. O conceito de território, então, é um grande aliado que permite ao engenho humano criar outra vertente do Direito Internacional, nascida para a elaboração de regras que procuraram determinar as relações interestatais, ou seja, as relações travadas entre Estados soberanos. Daí porque se tenha afirmado que, nos primórdios, a distinção entre a vertente Pública e Privada do Direito Internacional se fizesse *em função das pessoas envolvidas*.

Com o passar dos séculos, no entanto, pôde-se perceber que , algumas vezes, o estado soberano atua como um particular, não obstante a sua condição de titular de soberania. Trata-se dos atos de gestão que são os atos praticados pelo Estado na condição de titular de interesses subjetivos privados. Ao mesmo tempo, o particular passou a ter direitos e deveres reconhecidos pela própria comunidade internacional, assumindo, vez ou outra, inclusive, a condição de titular do direito postulatório diante de tribunais internacionais, como é o caso de algumas cortes de direitos

humanos e do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Bem por isso, diz-se, atualmente, que a seara de atuação material de cada uma dessas vertentes decorre mais do conteúdo da relação fática internacional, que da situação dos sujeitos desta relação.

Ademais, no que concerne à forma de produção de suas normas, essas vertentes, que antes consideradas também extremamente estanques, interpenetram-se sobremaneira.

“Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado não são espécies do mesmo gênero, mas termos de duas classificações diferentes: no Direito Internacional Público, o que é *internacional* é o processo de produção jurídica, o que nada nos diz sobre o objecto da norma; no Direito Internacional Privado o que é *internacional* é o objecto da norma (a regulação da questão privada internacional), o que nada nos diz sobre o seu processo de produção”<sup>2</sup>.

Seja como for, fato é que, hoje, uma análise perfunctória do sistema jurídico permite vislumbrar a existência de “duas” ordens jurídicas, ao menos no que concerne ao seu método de produção. Saber como convivem essas ordens, como é possível integrá-las, descobrir as interpenetrações possíveis, são temas que não escaparam aos estudiosos do Direito em geral e do Direito Internacional em particular. Nesse sentido,

---

<sup>2</sup> PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. Manual de Direito Internacional Público. 3. ed., Coimbra: Almedina, 1994, p. 45 (destaques do original).

antes de se proceder à análise do tema central deste estudo, mister se faz uma análise da estática do Direito dos Tratados, fonte que é do direito

internacional<sup>3</sup>, para, em seguida, adentrar-se no estudo de sua dinâmica, perscrutando-se os seus meandros e, assim, esmiuçar a questão posta, vale dizer, saber se a prisão do depositário infiel constitui um ilícito internacional.

## **2. ESTÁTICA DO DIREITO DOS TRATADOS: ANÁLISE COMPARATIVA COM O PROCESSO LEGISLATIVO INTERNO**

### **2.1 Negociações e assinatura: o anteprojeto de lei**

Os Estados participam ativamente da formação das normas internacionais, tenham elas a natureza jurídica que tiverem. Assim ocorre relativamente ao costume, previsto no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, entendido como um meio de prova de uma prática geral aceita como direito. Uma definição vazada nesses termos, e que toma como critério identificador o fato de ser um meio de provar a existência de dois elementos que se podem representar, de um lado, por uma certa *prática geral* (elemento material), uma prática que se mostra

---

<sup>3</sup> Justifica-se esta opção metodológica em razão da absoluta assistemática do tratamento da matéria. A respeito: DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 45.

reiterada no seio da sociedade internacional, aliada à prova de um outro elemento calcado na *aceitação de que tal prática reiterada tem a feição de direito* (elemento psicológico), em virtude de representarem valores

essenciais e exigíveis de todos os agentes da sociedade dos Estados, é uma definição que tem a virtude de rebater os elementos comumente indicados como necessários e suficientes para diferenciar os costumes dos usos, das práticas e da *comitas gentium* ou da moral internacional, mas que peca pela impressão que passa no sentido de ser devido às partes que alegam em seu favor a existência de um determinado costume provar a concorrência dos elementos antes referidos.

Mas o costume internacional não é aplicável apenas aos Estados e aos demais sujeitos que participaram de sua efetiva formação. Ao contrário, pouco importará ao julgador se o costume ancestral que deva ser aplicado foi criado sem a participação ou o consentimento do Estado ou se esse Estado considerado era detentor de personalidade jurídica internacional quando de sua colmatagem<sup>4</sup>. O que importará ao julgador é a conjugação dos elementos material e psicológico, bem como a adequação desse costume aos valores da sociedade internacional, que o acata, segue e entende apto a ser direito.

---

<sup>4</sup> Pense-se, por exemplo, nas ex-colônias asiáticas ou africanas, ou nas ex-repúblicas soviéticas. Tais Estados não possuíam, à época da formação da maioria dos costumes internacionais, uma personalidade jurídica de direito internacional distinta daquela atribuída quer às metrópoles, quer à União a qual pertenciam.

Nesse sentido, então, percebe-se que o fator temporal também pouco influencia a formação do costume. Se é verdade que em passado não muito remoto o costume demorava alguns séculos para cristalizar-se, também é verdade que os avanços tecnológicos e de comunicação, que implicam a diminuição das distâncias e a rápida troca de informações, acabaram por tornar mais acelerada a transformação de um simples uso em algo jurídico, dotado de sociabilidade, imperatividade e coercibilidade como é o que se verifica relativamente ao costume.

Além dos costumes, outra importante fonte de Direito Internacional, inclusive pela característica que contém, de ser o meio comumente utilizado para a codificação dos costumes precedentes, são os tratados internacionais, sendo hoje indiscutível a sua primazia<sup>5</sup>.

Para que um tratado exista e seja válido internacionalmente, é necessária a conjugação de dois elementos básicos, qualificados por seus respectivos requisitos<sup>6</sup>: a primeira diz respeito ao conteúdo dos tratados, exigindo-se, assim, que estes guardem correlação valorativa relativamente aos fundamentos do próprio direito internacional enquanto sistema. A segunda conjugação, por sua vez, é a que mais de perto interessa ao presente estudo. Trata-se da forma do Tratado Internacional e, nesse

---

<sup>5</sup> DALLARI. Op cit., p. 14.

<sup>6</sup> Para uma análise detalhada desses aspectos, bem como da eficácia, veja-se: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, Capítulo 1.

sentido, um primeiro requisito de validade que avulta é o da competência dos negociadores. Assim, para que um tratado possa ser validamente firmado entre os sujeitos de direito internacional envolvidos, é mister que sejam representados por pessoas ou órgãos para tanto competentes.

Tal qual um projeto de lei pensado para o sistema jurídico meramente interno deve ser elaborado pelos órgãos constitucionalmente indicados, que são os únicos com competência para propor certas e determinadas ingerências no ordenamento jurídico, assim também ocorre com os tratados internacionais, posto que a representação internacional do Estado brasileiro seja designada pela Constituição Federal como de competência exclusiva do Chefe de Estado, papel desempenhado no sistema federativo e presidencial brasileiro pelo próprio Presidente da República que pode, não obstante, delegar esta função, nomeando um plenipotenciário, pessoa de sua confiança ciente das diretrizes estabelecidas pela política externa nacional e sabedora dos interesses nacionais relevantes.

Assim como ocorre com os projetos de lei, que podem ser antecedidos de um anteprojeto de lei, normalmente construídos a partir de estudos teóricos e pragmáticos desenvolvidos e analisados por estudiosos das diversas áreas do saber envolvidos na questão, também pode o Presidente da República nomear um plenipotenciário de formação técnica.

Nesse sentido, então, os tratados internacionais negociados pelo governo brasileiro assemelham-se aos anteprojetos de lei encomendados pela presidência da República na exata medida em que ambos (tratado assinado e anteprojeto) dependam de uma última análise efetuada pela

assessoria jurídica e técnica da presidência que os cotejará com os princípios estabelecidos como essenciais nessas matérias<sup>7</sup>.

## **2.2 Remessa do tratado ao Congresso Nacional: o projeto de lei de competência exclusiva do Presidente da República**

Uma vez verificada a compatibilidade entre o tratado e os princípios reitores, pode muito bem o Presidente da República decidir-se pelo encaminhamento do tratado ao Congresso Nacional, para que este proceda à análise da normativa proposta, tal qual ocorre com os projetos de lei sobre matéria incluída na competência exclusiva do Presidente da República.

Tal providência é essencial, pois, apesar de se atribuir ao Presidente da República, na qualidade de chefe de Estado, a competência

---

<sup>7</sup> Neste sentido não é acertada a afirmação de GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 62, quando interpreta o posicionamento de José Francisco Rezek, ao afirmar que “a sua assinatura [no caso, do tratado bilateral] opera a autenticação do texto convencional, *com o consentimento definitivo* das pessoas jurídicas de direito das gentes que os pactuantes representam” (destaques inexistentes no original compulsado).

para representar o País nas relações internacionais, a Constituição não lhe outorga poderes de supremo mandatário, devendo este, antes de obrigar internacionalmente o País, submeter essas questões à análise do Congresso Nacional (CF, art. 84, VIII), representante por excelência dos

administrados e dos entes Federados na exata medida em que estes acabam sofrendo, de forma direta ou indireta, as conseqüências das decisões tomadas nessa seara.

### **2.3 Análise e proposta de emendas: limitações ao Poder Legislativo**

Uma vez encaminhado ao Congresso Nacional, o tratado internacional assinado pelo Presidente da República ou por seu plenipotenciário segue o trâmite de um projeto de lei, devendo ser analisado pelas comissões temáticas das casas legislativas antes de seguir para votação no plenário.

Muitas dúvidas surgem a respeito da atuação dos Deputados e Senadores na análise dos tratados internacionais. Claro está que estes não têm competência para propor alteração de redação dos tratados internacionais, modificando-lhes o conteúdo, uma vez que os tratados sejam atos complexos, cuja vontade subjacente é internacionalmente

aferível a partir dos vários sujeitos envolvidos.

Ademais, para que um tratado possa ter seu alcance diminuído, existem instrumentos próprios previstos no direito internacional, quais sejam as reservas e as declarações interpretativas.

Nesses termos, então, parece que a atuação dos Deputados e Senadores está limitada à proposição de reservas e declarações interpretativas a serem emanadas pelo Estado brasileiro quando das etapas subseqüentes da ratificação em curso. Mas deve-se ressaltar, desde logo, que tratados há que não permitem reservas nem declarações interpretativas. Com efeito, dada a matéria tratada ou os interesses em jogo, as partes contratantes podem ter convencionado, durante a fase de negociações, que aquele tratado internacional seria insuscetível de reservas e ressalvas. Nesse caso, abrem-se duas opções ao legislador nacional: rejeitar a aprovação do tratado, *tout court*, impedindo a sua ratificação, ou se se tratar de eventual incompatibilidade material, postergar a análise do tema, diligenciando alteração prévia do sistema interno, se isso for necessário (incompatibilidade por inconstitucionalidade).

#### **2.4 Aprovação pelo Congresso: decreto legislativo e lei**

Uma vez analisado pelo Congresso Nacional e aprovado conforme as determinações constitucionais e regimentais tanto o tratado internacional, quanto o projeto de lei assume a feição de vontade do povo brasileiro e da Federação. Quer isso significar que tal aprovação tem o

condão de democratizar as relações internacionais, agregando à vontade do Estado brasileiro a vontade de seu povo e de seus entes federados representados no Congresso Nacional.

A democratização assim vivenciada empresta legitimidade aos projetos de lei e aos tratados internacionais aprovados para que *se tornem* fontes jurídicas aptas a vincular os cidadãos, atribuindo-lhes direitos subjetivos e determinando-lhes deveres.

O projeto de lei, uma vez aprovado, assume a feição de lei federal (ordinária ou complementar, conforme o caso) pendente de sanção por parte do Presidente da República, ao passo que os tratados internacionais tomam a forma de um decreto legislativo, que dá publicidade da decisão tomada pelo Congresso Nacional no sentido de autorizar o Presidente da República a, agora, sim, formar o consenso definitivo do Estado brasileiro perante a comunidade internacional.

## **2.5 Remessa ao Presidente da República: a ratificação, a sanção e o veto: a ratificação como formação do *consensus***

Os projetos de lei tornados leis em potencial são remetidos ao Presidente da República para que este volte a analisar o seu conteúdo,

verificando a conveniência e a oportunidade de sancioná-los, transformando-os finalmente em leis válidas. Optando pela sanção, cabe ao Presidente da República publicar a lei, observando-se o período de *vacatio legis* determinado (fator de eficácia), quando houver, para que ela se torne eficaz. Se, todavia, o Presidente da República entender inconveniente a sanção de um, de alguns ou de todos os dispositivos daquele diploma legislativo, cabe-lhe vetar a lei, no todo ou em parte, quando se devolve o diploma ao Poder Legislativo para que volte a analisar a questão, derrubando o veto do Executivo, se assim entender, pela maioria determinada constitucionalmente, ser cabível.

Relativamente aos decretos legislativos, servem como autorização para que o Presidente da República continue o *iter* procedimental que conduz à formação do consenso internacional. Nesse sentido, é que se diz que o Presidente da República, ciente do decreto legislativo, está

autorizado a ratificar o tratado internacional.

A ratificação é um ato costumeiro internacional que consiste na troca dos instrumentos autênticos entre as altas partes contratantes, em se tratando de tratados bilaterais ou no depósito do instrumento chancelar junto à autoridade designada pelo tratado como depositária dos instrumentos de ratificação, em se tratando de tratados multilaterais. Essa

autoridade depositária internacional pode tanto ser o representante de uma organização internacional (Secretário Geral da ONU, Secretário Geral da OIT), quanto pode se tratar do governo de um país (Governo holandês, *v.g.* e normalmente para as Convenções da Haia de Direito Internacional Privado).

Ao depositário incumbe, via de regra, registrar os atos atinentes ao tratado internacional<sup>8</sup>, dar ciência aos demais signatários a respeito de suas ratificações efetuadas, controlando o número de Estados parte a fim de determinar o *dies a quo* para a vigência internacional efetiva do tratado internacional.

Diante da dicção do art. 49, I, da Constituição Federal, muito se

---

<sup>8</sup> RODAS, João Grandino. **A publicidade dos tratados internacionais**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Concurso de Livre-Docência. São Paulo: edição do autor, 1975, *passim*.

tem discutido a respeito de ser ou não a ratificação uma obrigação imposta ao Presidente da República, decorrente *ipso facto et legis*, da promulgação do decreto legislativo, já que o constituinte atribuiu ao Congresso a competência para decidir, definitivamente, sobre tratados, acordos e atos internacionais. José Carlos de Magalhães fundamenta-se no referido artigo inclusive, para dispensar a publicação do decreto presidencial subsequente, como se verá adiante, por entender que a última palavra cabe ao Congresso, referendando e ratificando a vontade emanada do

Presidente da República quando de sua assinatura<sup>9</sup>.

No entanto, outros autores como João Hermes Pereira de Araújo entendem que as circunstâncias que motivaram a assinatura do tratado podem se alterar significativamente, modificando, inclusive, a linha de política externa adotada pelo Itamaraty, pelo que se justificaria uma nova intervenção do Presidente da República<sup>10</sup>.

## 2.6 Promulgação do tratado e publicação da lei?

Uma vez ratificado o tratado internacional, normalmente, o

---

<sup>9</sup> MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional**: uma análise crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 77.

<sup>10</sup> ARAÚJO apud MAGALHÃES. op. cit., p. 75-76.

governo brasileiro aguarda a notificação de sua vigência internacional para proceder à sua promulgação em território nacional, vinculando os sujeitos de direito interno relativamente ao seu conteúdo, fazendo-o por meio de um decreto presidencial ao qual é apensado o texto oficial do tratado em língua portuguesa, dando-se assim a competente publicidade ao seu conteúdo.

Nesse sentido, a promulgação do tratado equivaleria à publicação da lei sancionada pelo Presidente da República ou da lei cujos vetos tenham sido derrubados pelo Congresso Nacional.

Deve-se salientar, no entanto, que a publicação do Decreto presidencial constitui tradição do Direito brasileiro que advém do período Imperial, não havendo qualquer exigência legal ou constitucional nesse sentido. Bem por isto, incorre em grave erro a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao afirmar que o Decreto presidencial decorreria de obrigação imposta pelo sistema, sem, contudo, informar a fonte de tal obrigação ao contrário do que faz com a obrigação de aprovação e celebração, *in verbis*:

“O exame da Carta Política promulgada em 1988 permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades harmônicas: a do

Congresso Nacional, que resolve definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos e atos internacionais (CF, art. 49, I) e do Presidente da República que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 34, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-la mediante decreto.”<sup>11</sup>

Dessa forma, em que pese a tradição brasileira, José Carlos de Magalhães assume a arrojada posição no sentido de ser dispensável a promulgação do Decreto Presidencial<sup>12</sup>. Não obstante, a prática presidencial vem se mantendo, mormente após a decisão do STF citada

que impediu a executoriedade imediata de uma Carta Rogatória proveniente de Estado membro do Mercosul, em flagrante arrepio do quanto disposto no Protocolo de Ouro Preto que, não obstante ratificado pelo governo brasileiro, não fora publicado por mero esquecimento.

### **3. DINÂMICA DO DIREITO DOS TRATADOS: CORRELAÇÕES COM A ORDEM JURÍDICA INTERNA**

Ao lado das questões estáticas, o direito dos tratados apresenta uma vertente dinâmica, responsável pela análise das questões referentes não mais à forma de incorporação dos tratados internacionais no sistema interno, mas já aos efeitos que essa incorporação produz ou pode produzir no interior do sistema. Por outras palavras, trata-se de estudar as

---

<sup>11</sup> STF – Carta Rogatória 8.279 – Rel. Min. Celso Mello – j. 04.05.1998, *passim*.

<sup>12</sup> MAGALHÃES op. cit., p. 73 *et seq.*

correlações entre a normativa de origem meramente interna e aquela de origem internacional, o que implica saber se a diferente origem das normas jurídicas representa fator apto a estabelecer uma única ordem jurídica com prevalência de uma sobre a outra ou não (monismo), ou se esse fator acaba por criar duas ordens jurídicas que, de alguma forma, se sobrepõem (dualismo).

### **3.1 Monismo e dualismo**

Nesse sentido, a doutrina cedo se dividiu entre aqueles que entendem que a normativa internacional acolhida pelas relações internacionais do Estado em questão integra a sua normativa interna e aqueles que procuraram enxergar uma duplicidade de ordenamentos normativos independentes: um apto a produzir os seus efeitos na base territorial do Estado e outro com vocação global.

A primeira das teorias diz-se monista, pois um único ordenamento pode ser identificado, composto que é por normas de origem internacional e de origem interna que se correlacionam num único espaço ordenado. A segunda, por sua vez, diz-se dualista, pois enxerga as

influências normativas num mesmo espaço ordenado de forma dual: dois ordenamentos distintos com aptidão para produzir efeitos sobre um mesmo território. Todavia, a última forma de se enxergar o ordenamento jurídico ou os ordenamentos jurídicos não conduz a nenhuma espécie de conflito de normas, uma vez que o endereçamento subjetivo de tais normas é distinto<sup>13</sup>: ao passo que o ordenamento internacional obriga o Estado como sujeito de Direito Internacional Público, o ordenamento interno

obriga os súditos daquele Estado, como sujeitos de direito interno. Tal concepção conduz, obrigatoriamente, ao reconhecimento da necessidade de que leis internas *reproduzam* o conteúdo dos tratados, dos costumes e de todas as demais fontes de Direito Internacional para que estas possam produzir efeitos no ordenamento interno.

Essa vertente é uma vertente voluntarista e está calcada primordialmente no pensamento lançado por Triepel. Segundo essa escola, a *vontade* que *fundamenta e cria* o direito internacional não é a vontade individual de um Estado, mas, sim, as *vontades concordantes* de dois ou mais Estados – e apenas se concorrentes para um mesmo fim –, ou seja, o direito internacional fundamentaria-se não mais na vontade individual de cada Estado que ditaria o seu próprio direito em uma faceta externa

---

<sup>13</sup> Daí porque KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. **Recueil des Cours – Académie de Droit International de la Haye**, v. IV, 1926, p. 231-331 afirma que o dualismo pressupõe a total separação não só das fontes do Direito Internacional Público e do direito interno, como também a separação das instituições típicas de cada um destes ordenamentos.

(posicionamento monista) ou aceitaria a autolimitação de sua soberania por sua própria vontade, mas antes encontraria sua fundamentação na vontade comum ou coletiva de vários Estados (*Vereinbarung*).

Tal vontade comum ou coletiva não seria alcançada pela contraposição de vontades correlatas, mas, pelo contrário, a *Vereinbarung* seria alcançada pela justaposição de várias vontades que demonstrassem uma mesma direção e um mesmo sentido – para se utilizar termos das ciências físicas. A principal crítica que se faz a essa teoria é a de que ela conduz à negação do direito internacional na exata medida em que o tenta

justificar. Efetivamente, se o direito internacional é válido e pode ter a sua observância exigida pelos demais sujeitos da sociedade internacional, porque fundamentado na vontade do Estado de a ele se sujeitar (incorporando os seus comandos no ordenamento de origem interna), também uma vontade de mesma fonte, porém de conteúdo inverso (ainda que meramente interna), porque alteradas as situações fáticas e os interesses subjacentes, poderia jogar por terra a validade de toda essa ordem jurídica<sup>14</sup>.

### **3.1.1 Distinção entre dualismo extremado e moderado**

---

<sup>14</sup> Cf. MONACO. **A proteção...**, cit., Capítulo 1.

O dualismo pode, no entanto, apresentar leves distinções no que concerne à forma de incorporação da normativa de origem internacional. Nesse sentido, o dualismo extremado exige que a norma de origem internacional seja transformada em norma de origem interna. Nesses termos, seria necessária uma fonte legislativa reconhecida pelo direito interno que reproduzisse o conteúdo do tratado internacional. É bem verdade que tal transformação deva ser feita com cautela e deve reproduzir, tanto quanto possível, o conteúdo da norma internacional, sem modificar-lhe o alcance, sob pena de o Estado não cumprir a obrigação

internacional que assumiu diante da restante comunidade de Estados e organizações internacionais detentoras do *treaty making power*. Com efeito, se o Estado deixa de tornar obrigatória a observância interna da norma de origem internacional ele responde por sua omissão diante de seus pares, todos submetidos ao ordenamento internacional.

Por outro lado, o dualismo moderado seria aquele que exigiria a participação do poder legislativo, aprovando o conteúdo das normas de origem internacional sem, no entanto, proceder a uma completa transformação da fonte, por meio da aprovação de uma norma interna<sup>15</sup>. Bastaria a concordância do Poder Legislativo, referendando a posição do detentor do *treaty making power*, verifica-se que tal requerido é cada vez

<sup>15</sup> GRUPENMACHER. *Tratados...*, cit., p. 69.

exigido pelo direito dos Estados<sup>16</sup>.

### 3.1.2 Monismo internacionalista e monismo nacionalista

Por sua vez, o monismo também admite subdivisão. Todavia, como nesta grande teoria não se deve falar em recepção da normativa de origem internacional, mas de integração das normas emanadas por uma

ou outra das possíveis fontes<sup>17</sup>, a divisão que se faz toma como parâmetro a supremacia de uma ou outra das fontes em razão de sua origem. Daí se falar em monismo internacionalista e monismo nacionalista.

Nesse sentido, pode-se bem dizer do que se trata nessa teoria do que se trata são de normas sobrepostas, ou seja, normas que se sobrepõe no sistema, dando-se ora prevalência hierárquica a uma, ora a outra das fontes, conforme a posição que se queira ou se possa adotar<sup>18</sup>.

Para o monismo internacionalista, as normas de origem internacional devem sempre prevalecer sobre as normas de origem interna,

---

<sup>16</sup> PEREIRA; QUADROS. **Manual...**, cit., p. 97.

<sup>17</sup> DALLARI. **Constituição...**, cit., p. 9.

<sup>18</sup> MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. O art. 1629 do Código Civil: ensaio sobre a aplicabilidade das normas sobrepostas. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 812, jun. 2003, p. 11-21. DALLARI. **Constituição...**, cit., p. 13 fala em monismo de compatibilização.

posto que estas seriam valorativa e hierarquicamente inferiores àquelas. Por outro lado, os adeptos do monismo nacionalista pregam que as normas internas devam prevalecer sobre as normas de origem internacional. As razões invocadas por uma e outra dessas teorias são coerentes e dizem respeito, respectivamente, à responsabilidade internacional do Estado e à defesa da soberania, conformando-se a opção por uma ou outra dessas escolas como uma decisão política.

A posição de **Dallari** sempre foi no sentido de se optar pela doutrina monista com prevalência das normas de origem internacional. As razões para tanto se referem não só ao fato de se garantir o cumprimento

das obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro, evitando a sua responsabilização internacional, como também pelo fato de haver, no sistema, mecanismos aptos a garantir que uma eventual mudança de posição do Estado brasileiro seja respeitada pelos demais Estados, mecanismo consubstanciado na denúncia dos tratados internacionais sempre que estes não traduzam um costume ou um princípio geral de direito, hipóteses em que os valores subjacentes a estas normas fundamentam e justificam por si só a sua inderrogabilidade pela simples vontade do sujeito, sendo necessária uma alteração da própria estrutura e dos valores básicos da sociedade internacional. Além do mais, e sem a pretensão de cair no lugar comum, as relações internacionais

aliadas às relações interpessoais transfronteiriças estão a indicar, desde há muito, a insuficiência dos mecanismos internos em quadras em que a globalização se afigura como inelutável.

### **3.2 Efeito das fontes de origem internacional no direito interno**

Feitas essas considerações de caráter teórico, parece ser possível passar à análise do direito positivo brasileiro, do direito português e da jurisprudência brasileira, para que se verifiquem as conseqüências de uma ou outra das posições possíveis. Isto posto, então, adentrar-se-á na análise de algumas questões centrais ao tema proposto.

#### **3.2.1 Cláusula geral de integração plena: o § 1º do art. 5º da Constituição Federal**

A República Federativa do Brasil baseia as suas relações internacionais em uma série de princípios estabelecidos pela Constituição Federal, em seu art. 4º, dentre os quais se inclui o princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e o princípio da prevalência dos direitos humanos.

Além disso, as regras constitucionais que se referem à recepção dos tratados internacionais no ordenamento interno pode ser entendida como uma regra de integração plena dos tratados cujo conteúdo refira aos

direitos humanos e como cláusula de recepção por mera formalidade de publicação dos tratados ratificados, cujo conteúdo seja diverso<sup>19</sup>.

Com efeito, como se verá infra, os tratados internacionais de Direitos Humanos têm a específica característica de poderem ser reconhecidos pelo direito interno brasileiro pelo simples fato de se reconhecer a sua existência como direito fundamental. Isto se deve à redação do art. 5º e de seu parágrafo primeiro, segundo o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, seja a sua fonte interna ou internacional.

Por outro lado, a exigência da aprovação congressual e da publicação da autorização para a ratificação por meio de um decreto legislativo inclui os demais tratados, de conteúdo não específico, sob o abrigo da regra geral, ligada, segundo a jurisprudência nacional, à doutrina dualista moderada. Dessa forma, a análise do exemplo português empresta subsídios interessantes para que se possa criticar a jurisprudência do STF. É o que se fará a seguir.

### **3.2.2 Cláusula geral de integração semi-plena: o exemplo português<sup>20</sup>**

<sup>19</sup> Neste sentido: RODAS, João Grandino. **Tratados Internacionais**. São Paulo: RT, 1991, n. 8.

<sup>20</sup> Para as idéias que se incluem neste tópico, na essência: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Da qualificação e hierarquia do Direito Comunitário pela Justiça Constitucional portuguesa e pelo Tribunal de

A Constituição da República Portuguesa traz regras específicas acerca da incorporação interna de normas nascidas ou criadas no âmbito internacional, às quais deseja o Estado português aderir, vendo-as aplicadas no seu sistema jurídico interno, revelando, assim, uma postura de cooperação jurídica internacional, ou *princípio da abertura constitucional*, como deixa consignado José Joaquim Gomes Canotilho. Essa abertura constitucional apresenta as seguintes características: (i) inclusão do Estado português na comunidade internacional, com o conseqüente reconhecimento da abertura da Constituição, que passa a “aceitar os quadros ordenadores da comunidade internacional”; (ii) *a afirmação do Direito internacional como direito do próprio país* (em nítida adesão à doutrina monista); (iii) assunção de responsabilidades tendentes à resolução dos problemas internacionais pelos poderes públicos nacionais e (iv) o reconhecimento dos direitos humanos e da dignidade humana. Tal abertura é limitada, entretanto, pelos princípios assentes no art. 7º da CRP, em seus vários números.<sup>21</sup> Mormente, caso atentar para o fato de que tais normas são facilmente internalizadas, garantindo-se vigência aos

---

Justiça das Comunidades Europeias. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n 47, abr./jun. 2004, p. 343-375.

<sup>21</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 363-364.

compromissos que já vinculam internacionalmente em Portugal.<sup>22</sup>

Com efeito, o texto do art. 8º da CRP prevê, em seus três números, as formas por que serão incorporadas as normas e os princípios do direito internacional geral ou comum (nº 1), as normas convencionais (nº 2) e, ainda, as normas emanadas pelos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal faça parte, normas que poderão vigorar diretamente na ordem jurídica interna portuguesa, sempre que tal previsão vier estabelecida nos tratados constitutivos das organizações internacionais referidas (nº 3).

Quanto a esta primeira hipótese, saliente-se que se refere aos *usos e costumes internacionais* os quais gozam do benefício da recepção interna automática, vinculando, portanto, o Estado português, ainda que este não tenha participado em sua formação, dando-se, assim, vazão à vertente universalista do Direito Internacional<sup>23</sup>. Quer isso significar que os usos e costumes internacionais podem ser diretamente aplicados pelo juiz português, o que assume grande importância, mormente no caso de

---

<sup>22</sup> Nesse sentido, a posição de CARDOSO DA COSTA, José Manuel Moreira. O Tribunal Constitucional Português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. In: VARELA, Antunes; FREITAS DO AMARAL, Diogo; MIRANDA, Jorge; CANOTILHO, J.J. Gomes (org.). **AB VNO AD OMNES, 75 anos da Coimbra Editora**. Coimbra: Coimbra, p. 1363-1381, 1998, p. 1366.

<sup>23</sup> Essa a posição de MIRANDA, Jorge. As relações entre ordem internacional e ordem interna na actual Constituição Portuguesa. In: VARELA, Antunes; FREITAS DO AMARAL, Diogo; MIRANDA, Jorge; CANOTILHO, J.J. Gomes (org.). **AB VNO AD OMNES, 75 anos da Coimbra Editora**. Coimbra: Coimbra, p. 275-301, 1998, p. 279.

lacunas legislativas, recurso à analogia etc.<sup>24</sup>. Mais difícil é o reconhecimento de força ao direito internacional geral para revogar normas internas ou, dado eventual caráter supra-legal (isso para além do problema de se reconhecer aí uma hipótese de inconstitucionalidade e não de ilegalidade), reconhecer-lhes força suficiente para impedir que normas internas posteriores os derroguem. Tudo isso dado o silêncio da Constituição portuguesa, o que chegou a ser reconhecido pelo Tribunal Constitucional no acórdão 62/84<sup>25</sup>.

Relativamente ao direito internacional convencional, o n.º 2 do art. 8.º da CRP, exige que os tratados internacionais sejam, todos eles,

ratificados e publicados<sup>26</sup>, configurando-se, assim, como requisito de validade do tratado no âmbito interno, podendo-se dizer, com Canotilho, “que a idéia do legislador constituinte foi a de aceitar a vigência das *normas internacionais como tais e não como normas internas*”<sup>27</sup>.

Assim, os tratados, como normas convencionais, são regras que

---

<sup>24</sup> No Brasil, as chamadas regras gerais do Direito internacional, porque não passam pelo “meticuloso processo de averiguação” previsto para a incorporação das normas convencionais, não são admitidas sequer como minimamente vinculantes, o que é uma característica comum a quase todos os países em desenvolvimento, preocupados com possíveis ingerências externas (RANGEL, Vicente Marotta. “Ordenamento jurídico internacional e direito interno: a recente Constituição brasileira”. **Hacia un Nuevo Orden Internacional Europeo**: estudios en homenaje al Profesor Don Manuel Diez de Velasco. Madrid: Tecnos, 1993, p. 490).

<sup>25</sup> Publicado em **Acórdãos do Tribunal Constitucional**, vol. 3, p. 371-403, 1984, p. 387-389.

<sup>26</sup> Para uma análise da repartição de competências e poderes (*treaty making power*) estabelecida pela Constituição da República portuguesa para a assinatura, adesão, ratificação, aprovação etc. dos tratados internacionais, de uma forma geral, confira-se: MOURA RAMOS, Rui Manuel. L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. In: MOURA RAMOS, Rui Manuel. Da Comunidade Internacional e do seu Direito. **Estudos de Direito Internacional Público e de Relações Internacionais**. Coimbra: Coimbra, p. 221-264, 1996.

<sup>27</sup> CANOTILHO. **Direito constitucional**... cit., p. 797.

se enquadram sob o abrigo da recepção automática pela ordem jurídica portuguesa, nos termos em que celebrado, sendo a ratificação ou aprovação e subsequente publicação meras condições de validade interna.

Quer isso significar que o Estado português entendeu que seria aconselhável obrigar-se internacionalmente somente quando as obrigações por ele assumidas se mostrassem compatíveis com a Constituição vigente. É que seria pouco recomendável, dada a cláusula de recepção automática, contida na norma constitucional sob comento, aderir o Estado a uma obrigação que soubesse inconstitucional.

No que concerne à colocação do problema da constitucionalidade do processo de ratificação ou mesmo das disposições dos vários tratados, a questão nunca chegou a ser posta ao Tribunal Constitucional português que, todavia, é dotado de competência para tanto, quer na hipótese de

fiscalização preventiva da constitucionalidade, requerida pelo Presidente da República (art. 278º, nº 1 da CRP), quer na hipótese de fiscalização abstrata da constitucionalidade, requerida por qualquer dos legitimados (art. 281º, nºs 1, alínea *a* e 2, alíneas *a* a *f*). A este propósito, convém, no entanto, deixar consignado que, ainda que declarado inconstitucional, em fiscalização preventiva, poderiam os tratados ser ratificados, sempre que reunidos os requisitos do nº 4 do art. 279º da CRP. Ainda quanto a esse

ponto, mas agora no que toca à efetiva declaração de inconstitucionalidade orgânica ou formal dos tratados com força obrigatória geral, poderiam as normas assim tidas por inconstitucionais encontrar aplicação na ordem jurídica portuguesa, se não resultassem de violação de disposição fundamental e se houvesse reciprocidade relativamente à outra parte no tratado, tudo isso nos termos do art. 277º, nº 2.<sup>28</sup>

Dada a discrepância entre a regra de nº 1 e do nº 2 do art. 8º, é que a doutrina portuguesa se refere a uma cláusula de integração semi-plena, que revela a adesão de Portugal ao monismo internacionalista infra-constitucional.

Já o nº 3 deste art. 8º refere-se à normativa comunitária e foi incluído quando da primeira revisão constitucional, tema que escapa aos limites deste estudo.

### **3.2.3 Transformação da fonte: posição retrógrada do Supremo Tribunal Federal**

O Supremo Tribunal Federal, ao afirmar – contudo sem indicar a fonte constitucional desta sua conclusão – que os tratados internacionais necessitam ser publicados pelo Presidente da República por meio de um decreto presidencial, olvidando tratar-se de mera tradição proveniente do

---

<sup>28</sup> Cf. MOURA RAMOS. *L'intégration...*, cit., p. 229. Ainda o citado acórdão do Tribunal Constitucional nº 62/84, p. 385 da revista.

período imperial cuja principal razão é emprestar publicidade ao conteúdo do tratado, afirma que a Constituição Federal força o reconhecimento de que, no Brasil, a doutrina adotada é a dualista moderada.

No entanto, a função primordial do Decreto Presidencial é a de dar a conhecer aos súditos do Estado brasileiro que as normas decorrentes da integração do tratado internacional no ordenamento jurídico brasileiro encontram-se em vigor imediato (se o decreto determinar o início de sua vigência para a data de sua publicação) ou, quando muito, em período de *vacatio legis*.

Parece, assim, que se deva reconhecer que basta a aprovação do texto do tratado pelo legislativo – o que por si só não autoriza a conclusão de filiação à doutrina dualista – jungindo-se a esta aprovação a condição suspensiva ao evento *ratificação pelo Poder Executivo*. Satisfeita esta última condição, perfeita estará a norma, podendo, assim, produzir os seus efeitos, desde que se encontre também em vigor internacional. Dessa forma, então, a participação do legislativo seria mero fator de democratização do direito de origem internacional, sem que isso implique transformação ou recepção da norma, mas, sim, uma verdadeira integração de tais regras ao ordenamento nacional.

Não é outro o entendimento de Alberto Xavier:

“O que caracteriza o monismo com primado do direito internacional é a aceitação deste, na ordem interna, como tal, ou seja, mantendo a sua natureza própria. Ele não é, porém, incompatível com o fato de a eficácia dos tratados na ordem interna ficar condicionada a atos e formalidades de direito interno, como é, por exemplo, a publicação”<sup>29</sup>.

Assim, a posição do Supremo Tribunal Federal é retrógrada e nociva à boa inserção internacional do Brasil<sup>30</sup>. Vencida essa barreira, parece de suma importância analisar a posição hierárquica assumida pelas normas de origem internacional integradas ao ordenamento jurídico nacional a fim de se poder, enfim, enfrentar o tema central do presente estudo.

### **3.3 Posição hierárquica das normas internacionais no sistema jurídico interno brasileiro: distinção entre tratados normativos e tratados contrato**

#### **3.3.1 Os tratados de conteúdo não específico**

Os tratados internacionais gerais integrados à ordem jurídica nacional assumiriam a força hierárquica de norma ordinária, uma vez que não há regra específica a respeito de sua integração no ordenamento

---

<sup>29</sup> XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil: tributação das operações internacionais**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 108.

<sup>30</sup> Neste sentido a afirmação de XAVIER. **Direito...**, cit., p. 104: “compreende-se, por isso, que no mundo contemporâneo a derrocada das ideologias totalitárias tenha debilitado as teses dualistas (em apogeu nos anos 30) e conduzido a grande maioria dos Estados democráticos a acatar, por força de disposição constitucional expressa ou de construção jurisprudencial, a concepção monista com primado do direito internacional, formalizada através de cláusulas gerais de recepção [*rectius*: integração] plena”.

nacional que pudesse lhes emprestar esta ou aquela força normativa. Nesses casos, então, dada a regra geral de aprovação pelo Congresso Nacional ser a da maioria simples, poder-se-ia entender que estas normas de origem interna ocupassem o espaço hierárquico destinado às normas de origem interna ordinárias.

No entanto, um tal posicionamento tem como corolário o necessário reconhecimento da possibilidade de que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil pudessem ser revogados por leis ordinárias de origem interna de conteúdo semelhante, porém diverso. Essa forma de se encarar o problema acarreta ao país o cometimento de um ilícito internacional consubstanciado no descumprimento de uma obrigação assumida diante de seus pares.

Por outro lado, o fato de Kelsen<sup>31</sup> ter dado um conteúdo específico à norma fundamental (*Grundnorm*) do ordenamento jurídico por ele concebido como algo unitário e imune a outras áreas do saber, densificando, dessa forma a teoria pura por meio do reconhecimento do princípio *pacta et consuetudine sunt servanda* é argumento que auxilia, em muito, o reconhecimento da hierarquia a ser assumida pelos tratados internacionais nos ordenamentos nacionais.

---

<sup>31</sup> KELSEN, Hans. Théorie du Droit International Public. **Recueil des Cours** – Académie de Droit International de la Haye, v. 84, 1953, *passim*.

Com efeito, se a validade de toda e qualquer norma decorre, na construção do jurista austríaco, de sua adequação material relativamente à norma que lhe é superior, e se afirma que a norma superior a todas as demais, a norma que é a base de todo o ordenamento, é uma norma segunda a qual os pactos e os costumes internacionais obrigam, não se pode reconhecer como possível a revogação de uma norma contida em um pacto internacional, seja ela consubstanciada ou não em costumes, por uma simples norma interna, pois este reconhecimento, como dito, implica ilícito internacional.

Assim, já que as normas internas não podem ser revogadas por normas internacionais, seja qual for o seu conteúdo, sob pena de se violar a própria norma fundamental, não se pode dar guarida ao entendimento de que uma norma interna possa revogar outra norma, esta de origem internacional..

Percebe-se, assim, que as normas de origem internacional são normas superiores às de origem interna, mas infraconstitucionais, no sentido de que encontram na Constituição Federal o fundamento de sua validade formal e material, já que está assente na *Grundnorm*..

### **3.3.2. Os tratados de Direito Internacional de Direitos Humanos: o § 2º do art. 5º da Constituição Federal e a posição preconizada por**

**Cançado Trindade**

Relativamente aos tratados internacionais de conteúdo atinente ao reconhecimento, proteção e promoção dos direitos humanos, a Constituição Federal traz regra específica, segundo a qual “os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Quer isso significar que não se faz necessária a intermediação do Poder Legislativo para que se reconheçam tais direitos, os quais decorrem do sistema e são alcançáveis por via hermenêutica, em exercício que Flávia Piovesan chama, recorrendo à doutrina estadunidense, de construtivismo constitucional<sup>32</sup>.

Convém lembrar com Cançado Trindade e quanto à aplicabilidade das normas advindas de tratados internacionais que

regulem ou reconheçam direitos humanos fundamentais que, “se para os tratados internacionais, em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar às suas

---

<sup>32</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos, consoante os arts. 5.º (2) e 5.º (1) da Constituição brasileira, passam a integrar os direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno”<sup>33</sup>.

### **3.3.2.1 A inclusão da igualdade tributária no rol dos direitos humanos: art. 150, caput, da Constituição Federal**

No que concerne ao Direito Tributário e aos princípios que o regem, logo que surgiram os primeiros instrumentos internacionais de direitos humanos, quando estes ainda apresentavam natureza jurídica meramente declaratória como é o caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, procurou-se enxergar nesses instrumentos normas que pudessem influenciar o âmbito e o alcance das normas tributárias. Assim é que Luís Eduardo Schoueri narra a posição esposada por Wilhelm Kann, num primeiro momento, e Harald Schaumburg, num

---

<sup>33</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 7. No sentido de dar efetividade à afirmação do ilustre internacionalista, foi aprovada emenda à Constituição Federal com o intuito de acrescentar um § 3º ao seu art. 5º, já que o STF não adere à posição da doutrina monista internacionalista. Todavia, a redação proposta e aprovada para o referido parágrafo transforma os tratados internacionais de direitos humanos em verdadeiras emendas constitucionais, exigindo-se, por isso, quórum de 3/5 para sua aprovação. A proposta é do Ministro Celso de Mello e foi incluída na Reforma do Poder Judiciário pela primeira Relatora, Zulaiê Cobra Ribeiro, verbis: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, condicionada à aplicação pela outra parte”.

segundo passo, ambos buscando, na normativa de origem internacional, princípios que pudessem limitar a pretensão tributária dos Estados<sup>34</sup>.

Para Kahn, o fato de a comunidade internacional ter se preocupado com o direito à propriedade representaria a transposição da preocupação com o confisco da seara meramente interna dos Estados para o ambiente internacional o que implicaria, em matéria tributária, verdadeira diretriz que, corretamente interpretada, determinaria aos Estados o dever de tomar medidas contra a bitributação, pois a sobreposição de pretensões tributárias decorrentes de fatos com relação a mais de uma ordem jurídica poderia configurar confisco, atentando, dessa forma, contra a propriedade.

Por sua vez, Schaumburg parte do princípio da igualdade, visto como princípio geral de direito internacional (transposto normativamente nos tratados de codificação do direito internacional dos direitos humanos, pode-se acrescentar) e que se expressa no âmbito tributário por meio do princípio da capacidade contributiva para concluir que a bitributação

constituiria ilícito internacional, na medida em que fere a igualdade.

Parece, todavia, que não haja um princípio geral de direito a

---

<sup>34</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Tratados e convenções internacionais sobre tributação. **Direito Tributário Atual**, v. 17. São Paulo: Dialética, 2003, p. 22.

vedar a bitributação. Todavia, se Kahn e Schaumburg estiverem com a razão, no que concerne tanto o direito à propriedade, quanto o direito à igualdade são internacionalmente arrolados no elenco dos direitos humanos, pode-se bem concluir que a proibição do confisco e da violação à capacidade contributiva estejam incluídos no rol dos direitos fundamentais, por força do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição Federal.

Entretanto, como provavelmente este raciocínio não encontrará guarida no Supremo Tribunal Federal, pode-se partir de outra via, esta já reconhecida pelo STF. Trata-se do recurso argumentativo ao art. 150, incisos II e IV da Constituição Federal. Nestes termos então, a igualdade tributária passa a figurar no rol dos direitos humanos reconhecidos pela sociedade brasileira na exata medida em que o mesmo art. 5º, § 2º da Constituição Federal reconheça outros direitos fundamentais decorrentes da própria normativa constitucional.

### **3.3.3 Os tratados em matéria tributária e o art. 98 do Código Tributário Nacional**

Os tratados de específico conteúdo e que tratam de matéria

tributária têm, assim, não só o reconhecimento doutrinário de sua

prevalência sobre a lei interna, como também contam, ainda, com preceito normativo de específico conteúdo declaratório<sup>35</sup> insculpido no art. 98 do Código Tributário Nacional.

A respeito da natureza jurídica desse preceito, Alberto Xavier é muito feliz ao reconhecer-lhe a natureza declaratória, pois, como se procurou demonstrar ao longo deste estudo, dizer que “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhes sobrevenham” trata-se mesmo e apenas de reconhecer – e declarar normativamente – aquilo que decorre do sistema jurídico unitário em que está inserido tal dispositivo, sob pena de violação da norma fundamental.

Com efeito, caso se entender que a norma fundamental do ordenamento unitário é o princípio, segundo o qual *pacta et consuetudine sunt servanda*, volta-se a afirmar que não é possível conviver com a possibilidade de que uma norma de origem interna revogue a norma de origem internacional.

Ademais, a relação travada entre os tratados internacionais de direito tributário e a legislação de origem interna é uma relação que se

---

<sup>35</sup> XAVIER. **Direito...**, cit., p. 123.

traduz não apenas em razão do conteúdo das normas como, ainda, em relação ao âmbito de aplicabilidade de uma e de outra das normas que se diferenciam pelo órgão que as emana. Que isso significa que não parece suficiente dizer que as normas de direito tributário interno não prevalecem sobre as normas de direito internacional tributário pelo simples fato de a lei assim se referir. A posição aqui defendida é clara: os tratados internacionais contra a dupla tributação prevalecem em razão de sua origem e dado o fato do fundamento de validade dessa norma de origem internacional se reportar à própria norma fundamental, aquela que funda o sistema e lhe empresta os parâmetros de validade. Dessa forma é pelo fato de o Brasil ser um País que se pauta em suas relações internacionais por uma série de princípios tendentes ao bem estar não só de seus nacionais como de toda a humanidade, escorada esta verdade na dignidade da pessoa humana, que os tratados contra a dupla tributação prevalecem sobre a norma de origem interna.

Auxilia esta conclusão, na qualidade de fundamento acessório, o fato de o conteúdo das normas internacionais ser específico quanto ao conteúdo das normas internas. Ademais, dada a posição jurisprudencialmente adotada e aceita como dogma inatingível e insuscetível de críticas, o conteúdo diverso dessas normas empresta eficácia pragmática e, por que não dizer, satisfaz a ânsia positivista

daqueles que só conseguem conviver com a fundamentação legal de suas decisões e posições. Nesses termos, cita-se o art. 98 do CTN, reconhece-se o ditame legal e convive-se bem com um clarão de monismo com primazia do direito internacional. Se assim é, então, perfeita é a conclusão e mantido está o sistema no que concerne ao direito tributário de origem internacional.

### **3.3.3.1 Possibilidade de reconhecimento por lei complementar?**

Todavia, questão interessante e que decorre da questão nesses termos expostos é a seguinte: pode a lei complementar reconhecer a supremacia do direito internacional se não se consegue reconhecer que a própria constituição o fez? A resposta pode ser encontrada, em termos jurisprudenciais, na ação direta de constitucionalidade 1.480-3 – DF, em que foi relator o Ministro Celso Mello. Tratou-se de uma ADI relativa à Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho. E um dos argumentos levantados pelo relator foi justamente a exigência constitucional de que lei complementar regula matéria cujo conteúdo seja idêntico ao da Convenção da OIT, *verbis*:

“Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil – ou aos quais o Brasil venha a aderir – **não podem**, em conseqüência, **versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar**. É que, em tal situação, **a própria Carta Política** subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao **exclusivo** domínio normativo da lei complementar, que **não** pode ser substituída por **qualquer** outra espécie normativa infraconstitucional, **inclusive**, pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno”<sup>36</sup>.

É no mínimo curioso notar que, numa via, o STF nega a possibilidade de que matéria reservada à aprovação por lei complementar seja regulada por qualquer outra espécie normativa e que, em outra direção, o mesmo STF conviva pacificamente com a normativa tributária brasileira recepcionada pela Constituição Federal com a força de lei complementar que formalmente não é<sup>37</sup>, quando a Constituição exige tal característica para a legislação tributária (CF, art. 146 *et seq.*). Mais curioso ainda é verificar que em razão dessa norma, *fictamente vista como complementar*, reconheça-se a superioridade hierárquica da normativa de origem internacional<sup>38</sup>.

Decorrencia dessa convivência é enxergar na ordem emanada pela lei complementar a superioridade dos tratados internacionais sobre a legislação de origem interna. Dessa forma, então, a construção

---

<sup>36</sup> STF – ADI 1480-3 – DF – Rel. Min. Celso Mello – extrato da ementa (destaques do original). No corpo do acórdão pode-se ler: “o instrumento exigido pela Constituição brasileira **deve ser** a lei complementar, que se revela – enquanto espécie normativa autônoma – meio formal absolutamente **infungível**, não podendo, **em conseqüência de expressa reserva constitucional**, ser substituído por qualquer outro diploma” (fls. 70 do voto do relator).

<sup>37</sup> O CTN foi instituído pela Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966.

<sup>38</sup> Chegando o Min. Cunha Peixoto a afirmar que o art. 98 do CTN seria norma de “constitucionalidade duvidosa” (STF – RE 80.004 – RTJ 83/824). GRUPENMACHER. **Tratados...**, cit., p. 113 diz, de forma imprecisa, que o Ministro teria se referido a uma questionável constitucionalidade. A expressão usada, no entanto, foi outra.

jurisprudencial leva ao paradoxo de se reconhecer que uma lei complementar ficta conseguiu o reconhecimento daquilo que a própria Constituição Federal, a doutrina e a própria norma fundamental não conseguiram: dar primado ao direito internacional.

Em que pese a impropriedade teórica da construção nesses termos vazada, fato é que se deve reconhecer, por um, por outro ou por ambos os argumentos, que os tratados internacionais contra a dupla tributação têm prevalência sobre as normas de origem interna, com elas convivendo.

### **3.3.3.2 Revogação, limitação e derrogação**

Uma vez integrado ao ordenamento jurídico interno, o tratado bilateral contra a bitributação passa a produzir os seus efeitos, modificando, de alguma sorte, o alcance da norma de origem interna que lhe é anterior ou, em outro extremo, impedindo que a norma interna posterior alcance os fatos sob sua alçada.

Assim, cumpre reconhecer que os tratados internacionais não têm poder para ab-rogar os dispositivos internos da legislação. Isso porque é característica da normativa de origem internacional a sua vinculatividade

subjéitiva, ou seja, à observância de suas regras só estão sujeitos os Estados partes e as pessoas sujeitas ao império de tais Estados, quando for caso disso<sup>39</sup>.

Nesse sentido, as normas internas permanecem absolutamente em vigor, idôneas, portanto, para incidir sobre os fatos da vida a que se destinam regular. Todavia, algumas hipóteses haverá em que a relação fática estará repousada sob a incidência não só da norma interna, como também da norma de origem internacional. Dessa forma, diante de uma norma que manda incidir um tributo segundo uma determinada alíquota e outra, que determina a não incidência do tributo ou a sua incidência até certo limite estabelecido, gerará um conflito aparente entre tais normas.

Sabe-se que o sistema como um todo e o art. 98 do CTN em particular dão primazia à norma de origem internacional, razão pela qual, então, haverá ou a não incidência do tributo, configurando-se uma isenção, ou a sua incidência até certo montante, com a aplicação de uma alíquota menor que a alíquota prevista pela lei interna.

Nesses termos, cedo se defendeu-se que a norma internacional ao invés de ab-rogar a norma interna, determinaria a sua derrogação, no

---

<sup>39</sup> E isso porque como afirma REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público:** curso elementar, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996 (p. 85, destaques do original). “custa-se a entender a tão repetida dúvida sobre produzirem ou não, os tratados, efeitos sobre os *individuos* e sobre as pessoas jurídicas de direito privado. Sua idoneidade, para tanto, não é menor do que a das leis internas, tudo se resumindo em buscar, no teor de cada um daqueles, como de cada uma destas, o exato perfil de seus destinatários” .

sentido de que para aqueles específicos casos enquadrados nas regras do acordo de bitributação a norma já não mais seria válida<sup>40</sup>.

No entanto, esta posição peca na exata medida em que se verifique a denúncia do tratado bilateral contra a dupla tributação. Nesses casos, a norma do tratado internacional já não mais incidirá determinando quer a isenção quer a incidência a menor. Conseqüência disso, seria o reconhecimento de que a norma interna poderia, assim, incidir sem qualquer limitação. Entretanto, caso se reconheça que a norma internacional tivera o condão de derogar aquela norma, propugnar agora, denunciado o tratado, pela sua aptidão para regular a questão, equivaleria a reconhecer como válida represtinação da norma interna naqueles específicos casos, indo-se de encontro às disposições da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942.

Por isso, Luís Eduardo Schoueri recorre, constantemente, à figura criada por Klaus Vögel<sup>41</sup>. Na visão do jurista alemão, a função dos tratados bilaterais contra a bitributação seria idêntica a de uma máscara que se aporia sobre o ordenamento e evitaria que essas normas se tornassem visíveis, enquanto o ordenamento se valesse da máscara.

---

<sup>40</sup> Neste sentido: XAVIER. Direito..., cit., p. 124; GRUPENMACHER. **Tratados...**, cit., p. 113.

<sup>41</sup> SCHOUERI. **Tratados...**, cit., p. 35-36.

Nesses sentido, enquanto o Estado estivesse obrigado pelo tratado bilateral assinado, aprovado e ratificado pela competente troca de instrumentos e

até que sobreviesse uma eventual denúncia desse tratado por qualquer dos Estados partes envolvidos na relação fática, evitar-se-ia a incidência das normas internas que restariam ocultas, escondidas pelas normas de origem internacional. Assim, a norma internacional limitaria a norma interna, enquanto aquela ou esta vigorassem. Denunciada uma ou revogada a outra, de duas uma: ou ter-se-ia retirado a máscara ou estar-se-ia diante de uma máscara que encobriria regiões vazadas do ordenamento.

#### **4. RECUPERANDO AS RELAÇÕES INTERNACIONAIS À LUZ DA UNICIDADE DO ESTADO E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

##### **4.1 A União Federal e a República Federativa do Brasil: duas faces de uma mesma moeda?**

Ainda com relação à temática deste estudo cumpre referir que a União Federal é um ente da Federação e como tal é detentora de competência tributária constitucionalmente estabelecida e que convive com a competência dos outros entes federados.

No entanto, esta mesma União Federal apresenta outra face, voltada para o exterior, que é a face representante do País nas relações

internacionais. Trata-se da República Federativa do Brasil, pessoa jurídica de direito internacional público, detentora de soberania e sujeito de direito.

Na qualidade de ente soberano, é encarada por seus pares de forma unívoca, sendo irrelevante o fato de se tratar de uma entidade que internamente se apresenta e conforma sob as vestes de uma Federação.

Nesses termos, então, ainda que a competência para cobrar determinado tributo seja constitucionalmente deferida a um ente da federação, seja ele qual for: união, estados ou municípios; a competência para limitar a incidência das normas internas por meio de um tratado contra a dupla tributação pertence à República Federativa do Brasil, não havendo meios para que os outros membros da federação possam se insurgir contra eventuais isenções ou limitações de alíquotas, decorrentes desta atividade internacional<sup>42</sup>.

#### **4.2 Executivo, Legislativo e Judiciário e seu papel na formalização, observância e aplicação do Direito de fonte internacional**

Por fim, uma palavra apenas. Decorre da unicidade da República Federativa do Brasil, diante de seus pares no cenário internacional, o fato de a responsabilidade internacional imputável ao Brasil ser indigitada à República Federativa do Brasil. Dessa forma, responsabiliza-se toda a

---

<sup>42</sup> Neste sentido: XAVIER. **Direito...**, cit., p. 135 et seq.; GRUPENMACHER. **Tratados...**, cit., p. 120 et seq..

nação, todos os entes federados, todos os cidadãos, todos os poderes. Executivo e Legislativo, partícipes na aprovação dos tratados internacionais e Judiciário, responsável pela fiel interpretação dessas normas, que também a ele se dirigem e também a ele obrigam.

**BIBLIOGRAFIA DE APOIO**

BAHIA, Saulo José Casali. **Tratados internacionais no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CARDOSO DA COSTA, José Manuel Moreira. O Tribunal Constitucional Português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. In: VARELA, Antunes; FREITAS DO AMARAL, Diogo; MIRANDA, Jorge; CANOTILHO, J.J. Gomes (orgs.). **AB VNO AD OMNES**, 75 anos da Coimbra Editora. Coimbra: Coimbra, p. 1363-1381, 1998.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna**. São Paulo: Dialética, 1999.

KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. **Recueil des Cours** – Académie de Droit International de la Haye, v. IV, 1926.

\_\_\_\_\_. Théorie du Droit International Public. **Recueil des Cours** – Académie de Droit International de la Haye, v. 84, 1953.

MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MIRANDA, Jorge. As relações entre ordem internacional e ordem interna na actual Constituição Portuguesa. In: VARELA, Antunes; FREITAS DO AMARAL, Diogo; MIRANDA, Jorge; CANOTILHO, J.J. Gomes (org.). **ABVNO AD OMNES, 75 anos da Coimbra** Editora. Coimbra: Coimbra, p. 275-301, 1998.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A Declaração Universal dos Direitos da Criança e seus sucedâneos internacionais**: tentativa de sistematização. Coleção Studia Iuridica, v. 80. Coimbra: Coimbra, 2004.

\_\_\_\_\_. Da qualificação e hierarquia do Direito Comunitário pela Justiça Constitucional portuguesa e pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. **Revista de Direito Constitucional**

**e Internacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n 47, abr./jun. 2004, p. 343-375.

\_\_\_\_\_. O art. 1629 do Código Civil: ensaio sobre a aplicabilidade das normas sobrepostas. **Revista dos Tribunais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 812, jun. 2003, p. 11-21.

MOURA RAMOS, Rui Manuel. L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. In: MOURA RAMOS, Rui Manuel. **Da Comunidade Internacional e do seu Direito.** Estudos de Direito Internacional Público e de Relações Internacionais. Coimbra: Coimbra, p. 221-264, 1996.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de Direito Internacional Público.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 4. ed. São Paulo : Max Limonad, 2000.

RANGEL, Vicente Marotta. Ordenamento jurídico internacional e direito interno: a recente Constituição brasileira. **Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo:** estudios en homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco. Madrid: Tecnos, 1993.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RODAS, João Grandino. **Tratados Internacionais**. São Paulo: RT, 1991.

\_\_\_\_\_. **A publicidade dos tratados internacionais**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Concurso de Livre-Docência. São Paulo: edição do autor, 1975.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Tratados e convenções internacionais sobre tributação. **Direito Tributário Atual**. São Paulo: Dialética, v. 17, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**: tributação das operações internacionais. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.