

O Brasil é dualista?

Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento brasileiro

André Lipp Pinto Basto Lupi

Sumário

1. Introdução. 2. A doutrina brasileira e o enquadramento da prática nacional entre o monismo e o dualismo. 3. O “debate originário” sobre dualismo e monismo. 4. O marco inicial da vigência do tratado internacional. 4.1. Vigência de tratados no ordenamento brasileiro. 4.2. Acordos executivos. 4.3. O costume. 5. A norma internalizada e os fatos internacionais posteriores à sua vigência. 5.1. Efeitos da denúncia sobre o tratado vigente internamente. 5.2. A vigência internacional do tratado para outro Estado Parte. 5.3. Acordos cuja vigência está subordinada à observância da reciprocidade. 6. Conclusões.

1. Introdução

Tema dos mais constantes na lista das publicações brasileiras sobre Direito Internacional, a relação do Direito Internacional com o Direito Interno provoca distintos debates, teóricos e práticos. Quanto à teoria, uma análise da doutrina evidencia séria discordância entre os autores, cujas leituras dos textos clássicos sobre o assunto nem sempre são convergentes. No mais das vezes, esse desafino dá-se no plano descritivo; são tentativas distintas de classificar as posturas adotadas pela nossa legislação e jurisprudência. À moda dos debates doutrinários, dois rótulos identificam as posições em oposição: dualismo e monismo. No curso dos anos, essas fórmulas foram modificadas, relativizadas, modalizadas.

André Lipp Pinto Basto Lupi é Professor de Direito Internacional da Universidade do Vale do Itajaí (programas de Mestrado em Ciência Jurídica, graduação em Direito e graduação em Relações Internacionais). Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com estágio doutoral no *Institut Universitaire de Hautes Études Internationales* de Genebra. Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Surgiram expressões como “monismo moderado” e “dualismo radical”, dentre outras. O aprofundamento da análise revela, porém, um conjunto tão variado de situações práticas e soluções jurídicas em cada Estado que mesmo essas modalizações parecem tornar-se pouco úteis, pois elas simplificam excessivamente o problema. Esta é razão de muitos para condenar ao ostracismo tais expressões, preferindo abordar o tema de modo mais pragmático. Não obstante, elas permanecem no repertório linguístico dos jusinternacionalistas e, com isso, compõem a sua forma de compreender a realidade normativa que lhes incumbe descrever e sistematizar.¹ Destarte, parece interessante rever esse debate doutrinário à luz da indagação sobre sua aplicabilidade à posição prevalecente na jurisprudência dos tribunais brasileiros.

A intenção deste artigo é a de responder à questão do seu título. Para tanto, o primeiro tópico apresenta as variações nas classificações doutrinárias, que justificam a eleição do problema central deste trabalho. No passo subsequente, explica-se o dualismo, na sua versão clássica, tal como defendida por Triepel, Santi Romano e Anzilotti. Para melhor visualização das distâncias perante a corrente adversária, incluiu-se uma breve explicação do monismo kelseniano. Delimitada a expressão-chave desta investigação, verifica-se, a seguir, a correspondência dos postulados do dualismo com as posições adotadas pelos tribunais pátrios. Tópicos consecutivos apresentam a análise do momento de entrada em vigor e dos eventos que afetam a vigência da norma internacional, em particular a suspensão, a denúncia e a revogação do tratado.

¹ Como exemplo da atualidade do debate entre monismo e dualismo, pode-se citar a crítica desenvolvida por um dos principais autores de Direito Internacional dos EUA, à jurisprudência da Suprema Corte daquele país: HENKIN (1997, p. 515-518); também pode-se citar o relato do maior projeto de pesquisa em andamento sobre a matéria: FOOTER (2001, p. 249-252); bem como os trabalhos da INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (1998, p. 659-683).

Deve-se fazer algumas ressalvas antes de adentrar no tema específico. Este trabalho se insere num conjunto maior de pesquisas sobre o tema das relações entre o Direito Internacional e o Direito brasileiro. Foram reservados para outros relatos alguns problemas conexos ao aqui abordado, como, por exemplo, o da processualística de internalização e o da hierarquia das normas internacionais. Este artigo enfatiza as questões relativas à vigência, entendida esta como o aspecto temporal da validade e condição de aplicação da norma (Cf. SERRANO, 1999; FERRAZ JR. 2001). Prioriza, como objeto de análise, as posições do Poder Judiciário, embora preocupe-se igualmente com manifestações dos outros poderes e da doutrina.

2. A doutrina brasileira e o enquadramento da prática nacional entre o monismo e o dualismo

A doutrina brasileira esforça-se seguidamente para classificar a orientação preponderante das autoridades judiciárias, legislativas e executivas do País. Os autores buscam apoio no texto constitucional, que pouco fala sobre as relações entre o Direito Internacional e o Direito brasileiro. Seguem seu curso pincelando alguns dispositivos da legislação nacional e buscando noutros autores do passado e nalguma casuística recente os elementos que eles tentarão ordenar pela referência ao dualismo ou monismo.

Francisco Rezek (2005, p. 5) afirma nortear-se o Judiciário brasileiro pela ideia do “monismo nacionalista”, segundo o qual é no texto da Constituição que se deve buscar o “exato grau de prestígio a ser atribuído às normas internacionais escritas e costumeiras.”²

Em oposição, Celso de Mello (2000, p. 119) dizia que o Brasil era, ao menos em parte, dualista. Segundo ele:

² O autor deixou clara, em outras obras, sua aversão a essa posição: REZEK (1997, p. 54-59).

“A Constituição Federal de 1988 adota o dualismo ao fazer a incorporação do Direito Internacional no Direito Interno, pelo menos em um setor determinado, ao estabelecer que os direitos do homem consagrados em tratados internacionais fazem parte do Direito Interno.”

Carlos Husek (2007, p. 31) anota a existência de certa oscilação. Para ele,

“em determinadas matérias somos monistas, em outras nem tanto e ainda sobram aquelas que nos firmamos pelo dualismo. Algo nos parece certo, pelo menos numa primeira análise: não somos monistas com primazia na ordem interna.”

Em livro monográfico sobre o assunto, Mariângela Ariosi (2000, p. 211) afirma adotar-se aqui o “monismo moderado nas questões de conflito entre tratado e lei interna”. Para ela, há também certa flutuação, porém entre outras duas categorias: monismo radical e moderado. O primeiro seria aquele em que tem primazia o Direito Internacional; o segundo resolveria as antinomias entre normas internacionais e nacionais pela aplicação do princípio *lex posteriori derogat priori*, ou seja, conferiria paridade hierárquica aos tratados em relação às leis internas. (Idem)

Boa parte da doutrina, porém, observa com pesar a adoção que identifica como dualismo ou monismo nacionalista na jurisprudência brasileira, defendendo a mudança para o monismo com primazia do Direito Internacional.³

Na evidente incerteza relativa ao próprio significado das expressões empregadas, deve-se buscar conformar um acordo semântico para prosseguir nessa investigação. Todos os autores citados conhecem profundamente a prática de nossas autoridades e todos apoiam-se em boa doutrina para categorizá-la. Contudo, a divergência

salta aos olhos. Tem-se a impressão de que o debate entre monismo e dualismo no Brasil desprende-se das questões que lhe deram origem. Por conta da elevada importância prática do problema das antinomias, quis-se desenvolver argumentos a partir daquelas posições teóricas para enfrentar o tema do conflito entre norma internacional e norma interna. O distanciamento do problema originário permitiu novas matizações dos conceitos, criando novas oposições e dando-lhes novas feições. Não há nada a lamentar aqui, nem se prega a nostalgia das obras dos grandes autores do Direito Internacional do século XX. Mesmo assim, dificilmente se poderá encontrar alguma base segura fora das raízes desse debate, nas obras de Triepel, Anzillotti, Santi Romano e Kelsen. A eles convém retornar brevemente, pelo que a isso se dedica o próximo tópico.

3. O “debate originário” sobre dualismo e monismo

A discussão central deste artigo tem suas raízes no famoso livro de *Carl Heinrich Triepel, Völkerrecht und Landesrecht* (1899). Muitos anos depois, esse trabalho foi objeto de uma revisão e apresentação resumida perante a Academia de Haia. Triepel defende o voluntarismo e o dualismo, baseado na teoria da vontade coletiva (*Vereinbarung*), inspirada por uma analogia a um instituto do Direito alemão. Para ele, uma norma jurídica é sempre o conteúdo de uma vontade superior que se impõe, com o efeito de limitar as esferas das vontades humanas que lhe são submetidas. No Direito Internacional, não podendo a vontade de um obrigar vários, tem-se que a vontade fundamentadora das normas só pode ser uma união das vontades de cada Estado, constituindo uma “*Vereinbarung*”, união de vontades diferentes destinada a satisfazer interesses comuns (TRIEPEL, 1899, p. 50-79).

A diferença no fundamento da obrigação (vontade coletiva dos Estados ou

³ Neste sentido: HUSEK (2007, p. 31); MELLO (2000, p. 118-120); LITRENTO (1997, p. 97-104); ARAÚJO (2000, p. 45-50).

vontade de um Estado singular) implica distinção de sistemas jurídicos, revelada nos seus principais aspectos: quanto aos sujeitos, num caso os Estados, noutro os poderes internos do Estado e as pessoas sob sua jurisdição; quanto às fontes, tratado e costume no Direito Internacional, leis e costumes no Direito Interno; quanto às relações, entre Estados, ou entre o Estado e seus cidadãos, ou dos cidadãos entre si. Em fórmula sintética, afirma Triepel, Direito Internacional Público e Direito interno “são dois círculos em contato íntimo, mas que não se sobrepõem jamais.”⁴ Ilustra bem essa posição a figura trazida por Bobbio (1999, p. 166), em sua teoria do ordenamento, de dois conjuntos intocáveis, incomunicáveis, caracterizando uma situação de exclusão total.

As consequências práticas da tese dualista são explicadas posteriormente por Triepel. Em primeiro lugar, não pode haver nulidade da norma de Direito interno por incompatibilidade com a norma de Direito Internacional, porquanto emanam de vontades diferentes e destinam-se a sujeitos diferentes. “A lei interna contrária ao Direito Internacional vincula os sujeitos tanto quanto a lei conforme ao Direito Internacional”, assevera. Os juízes “são obrigados a aplicar o direito interno, mesmo contrário ao Direito Internacional.”⁵

O dualismo teve *Hans Kelsen* como seu principal adversário.⁶ Em vários escritos, Kelsen contesta o dualismo, apontando o que considera serem inconsistências lógicas dessa teoria. Como se sabe, a obra de Kelsen requer uma análise sistemática, pois

vários dos seus argumentos estão atrelados a outros anteriores. Em uma brevíssima síntese, lembra-se da pureza metodológica, das relações de validade entre as normas, do necessário fundamento de validade de uma norma noutra norma, da remissão à norma fundamental e da estrutura escalonada do ordenamento jurídico (KELSEN, 1991). Dessas premissas aqui lembradas emergem os corolários constituintes do monismo kelseniano.

Como visto, a questão da separação ou unidade das ordens jurídicas internacional e interna depende, nesse debate clássico, da resposta a outro problema fundamental: qual é o fundamento de obrigatoriedade de cada uma dessas ordens jurídicas? Também por aqui começa Kelsen. Para ele, ambos os sistemas têm a mesma norma fundamental. Portanto, compõem o mesmo sistema jurídico.

A relação entre o fundamento de validade da ordem jurídica estatal e da internacional passa pelo exame dos âmbitos de validade do ordenamento interno. Quanto ao âmbito territorial, o ordenamento interno é delimitado pelo Direito Internacional, que reconhece e define o território do Estado e sua personalidade jurídica. Consequentemente, também é o Direito Internacional o definidor do alcance do ordenamento jurídico interno quanto às pessoas a quem se dirige. Pelo princípio da efetividade, o Direito Internacional encarrega-se ainda de determinar a vigência do ordenamento jurídico estatal, visto como um todo (KELSEN, 1926, p. 249-262). Finalmente, quanto aos conteúdos, o Direito Internacional limita a produção normativa interna, impondo-lhe certas finalidades e proibindo certos conteúdos (Idem, 1998). Desse modo, a própria existência do Estado define-se pelo Direito Internacional e, portanto,

“a norma fundamental de diferentes ordens estatais (...) é uma regra do Direito Internacional positivo, e uma regra que, na sua fórmula abstrata, vale para todos os Estados, regra

⁴ No original: “le droit international public et le droit interne sont... des systèmes juridiques distincts. Ce sont deux cercles qui sont en contact intime, mais qui ne se superposent jamais.” (TRIEPEL, 1923, p. 83).

⁵ Na língua original: “La loi interne contraire au droit international lie les sujets autant que la loi conforme au droit international.” Em seguida, “...les juges. Ils sont obligés d’appliquer le droit interne, même contraire au droit international.” (TRIEPEL, 1923, p. 104).

⁶ Os próprios dualistas assim o identificam. Vide, a propósito, TRIEPEL (1923, p. 84-87).

que institui as autoridades jurídicas superiores e delimita a esfera de ação de cada uma delas.”⁷ (KELSEN, 1926, p. 314-317)

Em decorrência da unidade entre os dois sistemas, a incompatibilidade da norma interna com a internacional resulta numa antinomia. Sua solução depende de uma tomada de posição: a primazia do ordenamento internacional ou do ordenamento interno. Sabe-se que Kelsen (1926, p. 321-326) preferia a primeira, embora não julgasse ser a segunda impossível do ponto de vista lógico. Era politicamente indesejável, mas não cientificamente equivocada.⁸ Assumindo a primazia do ordenamento internacional, a norma interna incompatível deve ser anulada por um órgão competente ou, isto não sendo possível pela constituição estatal, gerar-se-á uma violação do Direito Internacional e advirá a responsabilidade do Estado, com aplicação das sanções cabíveis (KELSEN, 1926, p. 314-317).

Quanto à vigência, Kelsen afirma que não existe transformação necessária do Direito Internacional em Direito Interno. A norma pode ser recebida intacta pelo ordenamento interno. A vigência pode inclusive coincidir, concedendo efeito direto às normas internacionais. Prova disso é que as constituições

podem não prever a necessidade de um procedimento interno para a vigência da norma no seu território. (Idem)

Dionisio Anzilotti responde a Kelsen em seu próprio campo de combate. O italiano, juiz da Corte Permanente de Justiça Internacional, aceita parte das premissas kelsenianas. Cita Triepel, para dele discordar quanto à tese da *Vereinbarung*, porque ela não resiste a um exame empírico mais rigoroso. Por outro lado, reconhece que todas as normas jurídicas internacionais encontram guarida sob o princípio *pacta sunt servanda*, pois o Direito Internacional deriva dos acordos entre os Estados, expressos (tratados) ou tácitos (costume). Assim, embora compartilhe postulados do voluntarismo dualista de Triepel, confere-lhes novas cores. O Direito Internacional tem sua unidade garantida pela derivação da obrigatoriedade de uma mesma norma fundamental. Porém, ao contrário de Kelsen, Anzilotti (1999, p. 41-48) enuncia essa norma expressamente – *pacta sunt servanda* –, não obstante reconheça o caráter não-empírico de sua proposição.

O efeito disso sobre a discussão relativa ao dualismo se sente no capítulo seguinte do *Curso* do autor italiano. Ele propõe a questão em termos kelsenianos: reside a força do Direito numa ou em várias normas fundamentais? Responde-a a seu próprio modo, rejeitando Kelsen. O Direito Internacional e o Direito interno têm normas fundamentais distintas. Ambas as ordens pressupõem uma à outra, mas as regras de cada uma derivam sua validade de normas fundamentais peculiares a cada sistema. A norma somente possui força jurídica na ordem à qual pertence. Para outra ordem ela pode ser, quando muito, um fato relevante. (ANZILOTTI, 1999, p. 42-45)

Como consequência, normas internacionais são produzidas entre Estados para relações entre si, não interferindo na obrigatoriedade das normas internas. A vigência e a validade de normas internacionais definem-se pelo Direito Internacional e a de normas internas, pelo Direito Interno, não

⁷ O trecho, no original: “Ce qui est ainsi défini, ce n’est pas seulement l’existence internationale ou juridique de l’État; c’est encore – du point de vue de la primauté du droit international – l’État en général, c’est-à-dire la donnée fondamentale qui est à la base du système du droit interne en son entier. Mais alors, on aperçoit également que la norme fondamentale des différents ordres étatiques – qui, du point de vue de la primauté de l’ordre étatique, apparaissait comme une norme hypothétique – est une règle du droit international positif, et une règle qui, dans sa formule abstraite, vaut pour tous les États; règle qui en institue les autorités juridiques supérieures et délimite la sphère d’action de chacune.”

⁸ Nestas páginas, ele se refere à superioridade moral do objetivismo, atrelado que está ao pacifismo e à negação do imperialismo. O objetivismo identifica-se com a primazia da ordem internacional e favorece o desenvolvimento de uma *civitas maxima*, um Estado universal, por ele qualificado como o objetivo último de todo esforço político.

obstante ser admissível que o legislador interno queira adotar mecanismos que façam coincidir a validade e a vigência interna com a internacional.⁹ Toda recepção de uma norma alheia ao sistema requer um ato de estabelecimento de normas, uma transformação. Mudam o valor formal, os destinatários e o conteúdo da norma (ANZILOTTI, 1999, p. 62-63). Enfim, surge uma nova norma, dentro do sistema que recebe. E sua vigência e sua validade são determinadas conforme esse sistema. Isto caracteriza um importante ponto do dualismo.

A seu próprio modo, *Santi Romano* sustentou também a tese dualista nas suas principais obras na área, *L'Ordinamento Giuridico* (1918) e *Corso di Diritto Internazionale* (1939). Sua fundamentação, classificada como antiformalista (NÓBREGA, 2008), remete a outros pontos de partida. S. Romano parte da ideia de comunidade: onde há comunidade organizada, existe uma instituição. Um ordenamento existe onde haja instituição e garantias para a ordem. O Direito Internacional, segundo esse autor, somente pode derivar da comunidade internacional, que não é formada exclusivamente por Estados, mas por todas as entidades aceitas pela própria comunidade. Logo, mesmo com uma forma distinta dos ordenamentos estatais, há um Direito Internacional (ROMANO, 1939, p. 1-11; 2008, p. 96-105).

O dualismo encontra-se em *Santi Romano* como pedra angular de sua teoria, radicada na relação inextricável que estabelece entre Direito e comunidade. Se vêm de comunidades diferentes, são direitos de outras ordens. O Direito Internacional é o Direito da comunidade internacional e o Direito Interno o da comunidade estatal.

⁹ No original, o trecho a que se refere é o seguinte: "D'une manière analogue, les conditions de validité et la durée des normes internationales dépendent exclusivement du droit international, et les conditions de validité et la durée des normes internes dépendent exclusivement du droit interne, même si les normes internes trouvent leur occasion et leur raison d'être dans un rapport international". (Idem, p. 56)

São instituições que diferem não só quanto às fontes, mas também por terem esferas de eficácia distintas. Tão forte assoma a dessemelhança que a separação é elevada à categoria de princípio fundamental. Há mais: como ambos são originários, ainda que um pressuponha o outro em certa medida, os dois ordenamentos, internacional e interno, podem cada qual negar valor ao outro ordenamento. (ROMANO, 1939, p. 51)

As contradições entre ambos os ordenamentos podem existir na prática. Porém, para S. Romano (1939, p. 46),

"esta contradição não retira eficácia a nenhum dos dois [ordenamentos] (...) Desta forma pode acontecer que um Estado aja de um modo que poderá ser legítimo pelo seu ordenamento, mas antijurídico pelo ordenamento internacional, e vice-versa: numa e na outra hipótese surgirão as responsabilidades sancionadas no ordenamento violado, que assim poderá manifestar a sua eficácia sem ter em conta a ordem que o contraria."¹⁰

Revistas, nesse panorama, as teorias que originaram a cisão entre dualistas e monistas, forjando, pelo contraste, a imagem de cada qual, pode-se estabelecer, num esforço de síntese, que são postulados do dualismo, com suas respectivas consequências: a) a cisão rigorosa entre o Direito Internacional e o Direito Interno; b) a independência do momento inicial de vigência internacional da norma internacional do marco correspondente no ordenamento interno; c) a independência da vigência da norma internalizada dos fatos transcorridos nas relações entre os Estados; d) a definição da hierarquia da norma internacional no

¹⁰ No original: "Però questa contraddizione non toglierà efficacia nè all'uno nè all'altro. (...) Cosicché può darsi che uno Stato agisca in un modo che potrà essere legittimo pel suo ordinamento, ma antigiuridico pel l'ordinamento internazionale, e viceversa: nell'una e nell'altra ipotesi sorgeranno le responsabilità sancite dall'ordinamento violato, che così potrà manifestare la sua efficacia senza tener conto di quello contrario."

plano interno pelo próprio ordenamento do Estado; e) a divergência de norma interna superior com norma internacional inferior gera consequências apenas perante o Direito Internacional.

A seguir, neste artigo, conforme a delimitação acima exposta, explorar-se-á em profundidade o enquadramento da prática brasileira nas três primeiras dessas afirmações.

4. O marco inicial da vigência do tratado internacional

4.1. Vigência de tratados no ordenamento brasileiro

A sistemática de internalização dos tratados no Brasil segue um trâmite constituído pela prática das autoridades nacionais, sob a pálida luz de alguns poucos dispositivos constitucionais sobre o assunto. Na Constituição vigente, são os artigos 49, inciso I, e 84, incisos VII e VIII, os que instruem sobre as competências do Presidente da República e do Congresso Nacional na contração de obrigações internacionais pelo País. Segundo se depreende do artigo 84, a representação do Brasil nas relações internacionais se faz pelo Presidente, a quem incumbe negociar e assinar tratados.¹¹ Obviamente, pode ele delegar tais funções.¹²

¹¹ O dispositivo citado tem a seguinte redação: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VII – manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.”

¹² A questão se põe na impetração de mandado de segurança por parlamentares contra a assinatura do acordo de salvaguardas tecnológicas sobre o uso da base de Alcântara pelo Ministro das Comunicações. O STF não se pronunciou sobre a questão específica da representação, posto que julgou haver ilegitimidade ativa dos impetrantes. STF. *Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 23914/DF*. Rel. Min. Maurício Corrêa. Decisão de 08.05.2001. [Todas as referências à jurisprudência neste artigo valem-se das seguintes abreviações dos nomes dos tribunais: STF – Supremo Tribunal Federal; STJ – Superior Tribunal de Justiça; TRF4 – Tribunal Regional da 4ª Região]. Todavia, é evi-

O Congresso brasileiro não participa das negociações, nem mesmo pela via indireta de prefixação dos limites e objetivos do País numa determinada negociação. Até a assinatura, tudo cabe ao Presidente. Somente após a aposição da firma e a remessa do ato por mensagem presidencial, caberá ao Congresso Nacional apreciar as obrigações a serem contraídas. Esse passo está regulado pelo artigo 49, I. Diz o dispositivo em questão que o parlamento “resolve definitivamente” sobre a aprovação de tratados, quando implicarem ônus ao patrimônio nacional, mas silencia quanto aos efeitos da aprovação congressional.¹³

Não obstante autorizadas vozes em contrário,¹⁴ o entendimento prevalecente entende que o Congresso apenas aprova o tratado, devolvendo a matéria ao Poder Executivo, como, aliás, sói acontecer com o processo legislativo ordinário. Os atos definitivos concernentes à vigência do tratado incumbem ao Executivo, que o ratifica no plano internacional e promulga-o mediante Decreto Presidencial para que gere efeitos internamente.¹⁵ Os dois atos são perfeitamente distintos e não se afetam reciprocamente. Pode haver tratado ratificado não promulgado. Nesta hipótese, o Brasil está obrigado perante os demais Estados Partes, se o tratado já viger também para eles, porém os juízes não podem aplicá-lo. Há precedente jurisprudencial muito claro

dente a possibilidade de delegação, seja pelo Direito Internacional, na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, artigos 7º e 8º, seja pelo Direito interno, em que se admite a competência derivada dos ministros para exercer, por delegação, atos da competência do Presidente. No caso do Ministro das Relações Exteriores, a autorização consta do Decreto nº 2.246, de 6 de junho de 1997.

¹³ *In verbis*: “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.”

¹⁴ Para Paulo de Barros Carvalho (2008, p. 102-117), o Decreto Legislativo introduz de pleno direito o tratado no ordenamento interno. Posição semelhante defendeu Magalhães (2000, p. 69-81).

¹⁵ Sobre o tema, vide MEDEIROS (1995).

a esse respeito, com endosso da doutrina¹⁶ e da consultoria jurídica do Itamaraty (ACCIOLY, 2001, p. 219-223). Nessa célebre decisão, o STF considerou que o Decreto Legislativo não tem o condão de tornar vigente um tratado no Brasil, o que só ocorre depois da promulgação e publicação do Decreto Presidencial no Diário Oficial da União. Lê-se no acórdão:

“Não obstante a controvérsia doutrinária em torno do monismo e do dualismo tenha sido qualificada por Charles Rousseau (*Droit International Public Approfondi*, p. 3/16, 1958, Dalloz, Paris), no plano do direito internacional público, como mera ‘discussion d’école’, torna-se necessário reconhecer que o mecanismo de recepção, tal como disciplinado pela Carta Política brasileira, constitui a mais eloqüente atestação de que a norma internacional não dispõe, por autoridade própria, de exequibilidade e de operatividade imediatas no âmbito interno, pois, para tornar-se eficaz e aplicável na esfera doméstica do Estado brasileiro, depende, essencialmente, de um processo de integração normativa que se acha delineado, em seus aspectos básicos, na própria Constituição da República. (...) Sob tal perspectiva, o sistema constitucional brasileiro – que não exige a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (visão dualista extremada) – satisfaz-se, para efeito de executoriedade doméstica dos tratados internacionais, com a adoção de *iter* procedimental que compreende a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (visão dualista moderada).”¹⁷

A argumentação acima transcrita comprova pontos importantes já trazidos neste

¹⁶ Ver BAPTISTA (1996, p. 73).

¹⁷ STF. *Carta Rogatória* n. 8279-4. Relator. Min. Celso de Mello. Diário da Justiça, 14.05.1998. p. 34.

trabalho. Primeiro, mostra que os tribunais ainda buscam orientação nas teorias dualistas e monistas, embora preservem certa liberdade para aplicá-las. Segundo, registra as tentativas de aduzir adjetivos para acrescentar premissas ou consequências aos conceitos primários (v.g. “dualismo extremado”). Terceiro, motivo pelo qual foi referida, nega vigência interna ao tratado antes de sua promulgação.

A hipótese inversa, de promulgação do tratado antes da vigência internacional, revela-se bastante remota. Faltar a promulgação depois da ratificação pode ocorrer por lapsos no trâmite burocrático, mas promulgar sem ratificar geraria uma ordem de execução de algo que ainda não existe. Ao menos é o que se conclui da lição doutrinária pátria. No parecer de Accioly (2001), a promulgação é

“o ato jurídico, de natureza interna, pelo qual o Governo de um Estado afirma ou atesta a existência do tratado, com o preenchimento das formalidades exigidas para sua conclusão, e ordena sua execução dentro dos limites da competência estatal.”

Mais adiante, reprisa as duas funções do ato sob comento, dizendo com ele se pretender “certificar a existência do ato promulgado e determinar que o mesmo seja cumprido” (Idem). Antes da vigência internacional, o ato não é válido, incorrendo a promulgação num erro quanto ao seu pressuposto. Pela posição de Accioly, tal ato seria próximo ao de sancionar uma lei antes da aprovação do Senado. Assim, não obstante formule seu raciocínio com base na clara distinção entre efeitos internos e internacionais do tratado, uma premissa dualista, sua conclusão final faz crer que a ratificação compõe o procedimento de internalização, tornando-o dependente daquela para sua adequada conclusão.

No rigor do dualismo, deveria presumir-se a geração de efeitos internos pela norma promulgada ainda não ratificada, porquanto a ordem do Presidente da Re-

pública contida no Decreto bastaria para tanto, sem qualquer condição que a suspendesse. Faltam neste ponto elementos da prática governamental ou jurisprudencial que corroborem uma ou outra alternativa (a de aplicar-se o tratado internamente mesmo sem a ratificação, ou a contrária). De todo modo, se perante esta primeira questão o dualismo parece enquadrar-se à prática brasileira, há outros pontos sobre a internalização que merecem cuidadosa análise e serão a seguir abordados.

4.2. *Acordos executivos*

A aplicabilidade da teoria dualista à sistemática brasileira pode ser posta em dúvida pela realização dos chamados acordos executivos, porquanto nestes não há intervenção do Poder Legislativo na formação do vínculo convencional. Deve-se investigar se a supressão de parte do trâmite interno permite aproximar os dois planos de vigência.

Segundo a prática brasileira, os acordos executivos diferem dos demais tratados por não serem submetidos ao Congresso Nacional. A sua possibilidade jurídica foi objeto de aceras discussões doutrinárias no País, marcadas pelo célebre debate entre Haroldo Valladão (1950, p. 95-108) e Hildebrando Accioly (1953, p. 58-63).¹⁸ Se hoje a questão encontra-se adormecida, pode-se radicar sua solução numa interpretação extensiva do artigo 49, I, da Constituição.¹⁹ Com efeito, atualmente todos os tipos de tratados devem ser submetidos ao Congresso Nacional, com poucas hipóteses de exceção.²⁰ São elas, segundo a doutrina

¹⁸ Ver: BARBOSA (2004, p. 353-361); REZEK (2004, p. 133-138).

¹⁹ Vide nota 13, *supra*.

²⁰ Embora sejam poucas as brechas para o recurso aos acordos executivos, numericamente se pôde comprovar em acurada pesquisa que elas são amplamente utilizadas. Cachapuz de Medeiros (1983, p. 130-145; 1995, p. 431-432) demonstrou que perto de um terço dos tratados eram feitos com a forma simplificada, sem submissão ao Congresso, proporção que aumentou sob a égide da Constituição de 1988, pois aproximadamente

prevalente: a) os acordos, protocolos e ajustes que secundam tratados já aprovados pelo Congresso Nacional; b) e os atos da rotina diplomática. Mesmo neste último caso estará vedada a forma simplificada se a execução do tratado demandar dotação orçamentária alheia àquela alocada às relações exteriores ou gravame sobre bem público. Aduz-se que os atos devem ainda ser reversíveis, isto é, que o Governo possa desonerar o País de sua obrigação sem a necessidade do período requerido para a eficácia da denúncia de um tratado.²¹

A simplicidade do procedimento não conduz, contudo, à eficácia imediata de tais acordos, simultânea à sua vigência internacional. Suponha-se que tenha havido a troca dos instrumentos de ratificação na forma prevista no tratado, cumprindo-se a condição para o início da exigibilidade das obrigações nele previstas para os Estados signatários. No plano doméstico, dependerá de ato interno a vigência das normas nele contidas. A esse respeito, vale a lição de Rezek, que anota ser “ostensivo” o nosso ordenamento jurídico, requerendo-se norma interna publicada para que autoridades públicas possam aplicar os comandos do tratado. Não há, a rigor, internalização de acordo executivo. Em regra, cumprindo-se os atos internacionais necessários à vigência internacional, o acordo será publicado no Diário Oficial. Essa publicação não acompanha Decreto presidencial de promulgação, ato reservado aos tratados aprovados pelo Con-

metade dos tratados por ele contabilizados no período de 1988 a 1995 não foram submetidos ao Congresso.

²¹ Esta é a posição de Rezek (2004, p. 133-138), frequentemente referida por outros autores. O gravame sobre bem público não consta do texto desse autor. Foi aqui aduzido porque se encontra inserto na mesma lógica e vem comprovado pela prática. Ilustra-o o parecer da Câmara dos Deputados (2001, p. 14) de rejeição ao acordo sobre a base de Alcântara. Tolfo (2006) considera que os acordos executivos violam o princípio da separação dos poderes, revelando uma hipertrofia do Poder Executivo, e argumenta que, na própria Constituição, artigos 68, §1º, e 49, XI, há fundamento para sustentar que nenhum acordo executivo pode ser válido no Brasil.

gresso. Falta-lhe, portanto, ordem expressa de cumprimento. Por consequência, acordos desse gênero não podem ser aplicados pelo Poder Judiciário para fundamentar reclamos de particulares.²² Essa conclusão se vê corroborada pela jurisprudência, não obstante sua rara discussão em sede judicial.

Na extradição n. 905/BE, o STF apreciou pedido de extradição em desfavor de nacional belga envolvido com tráfico internacional de drogas. Amparava-se o pleito no tratado de extradição entre os dois países, de 1953. Nesse documento, todavia, não estava arrolado o crime objeto do pedido; ele somente foi incluído por ocasião da celebração de acordo por troca de notas. A corte deveu então decidir sobre a viabilidade de acordos executivos acrescerem obrigações internacionais para o País, com vigência interna. No seu voto, o relator, Min. Joaquim Barbosa, repassa a polêmica sobre acordos executivos para firmar seu argumento de que tais atos não podem ser válidos na ordem interna. É certo que, no caso sob comento, três óbices matizaram a decisão: 1) não havia no tratado previsão de complementação por troca de notas; 2) não foi publicado o acordo por troca de notas na imprensa oficial; 3) o acordo, no dizer do relator, “acrescentou sentido” ao tratado original.²³

Apesar da supressão de parte do trâmite reservado aos tratados em geral, a vigência interna dos acordos executivos não se alinha automaticamente à vigência

²² O autor afirma-o categoricamente: “Em caso algum esses acordos [executivos] pretendem produzir efeito sobre particulares, mas, por imperativo do direito público brasileiro, a divulgação oficial se impõe para que a própria ação de funcionários públicos da área, no sentido de dar cumprimento ao avençado, seja legítima”. (REZEK, 2004, p. 138)

²³ STF. *Extradição 905*, da Bélgica. Tribunal Pleno. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgamento de 24.02.2005. p. 33-40. Não obstante a inaplicabilidade do acordo executivo, o Tribunal deferiu o pedido, fulcrado no artigo 6.3 da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de Viena, 1988, que prevê a possibilidade de de a própria Convenção servir de base para pedidos de extradição não fundados em tratados bilaterais.

internacional. Muito pelo contrário, trata-se de caso de evidente independência entre os dois planos de vigência. Logo, não há, em relação aos demais tratados, consequência distinta para a questão enfocada.

4.3. O costume

O Direito Internacional Público não resume suas fontes aos tratados. Reconhece também a validade de normas consuetudinárias e princípios gerais de Direito para produzirem normas obrigatórias. O costume, segundo o artigo 38, 1, b, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, forma-se pela combinação de dois elementos, prática e *opinio juris*.²⁴ (SALIBA, 2008, p. 749)

No Brasil, a invocação de normas dessa natureza perante os tribunais tem rara ocorrência. Em um tema, porém, apresentam-se como o único fundamento possível: a imunidade do Estado estrangeiro.

Sabe-se que a jurisprudência brasileira, seguindo padrões observados noutros países, adotou posição mais flexível, autorizando o processamento do Estado estrangeiro não somente no caso de renúncia expressa, mas também quando o ato ensejador da controvérsia puder ser caracterizado como um ato de gestão. (SALIBA, 2005, p. 23-33)

O ponto de relevo para a discussão sobre o dualismo é que os tribunais não demandaram ato interno para aplicar a norma consuetudinária à querela entre o cidadão e o Estado estrangeiro; não o fizeram quando se adotava no País a teoria absoluta, fundada numa sólida regra do direito das gentes, como exemplifica a célebre disputa imobiliária entre Síria e Egito,²⁵ nem quando se alterou a tendência das cortes, orientada por um alentado voto do Ministro Rezek na Apelação 9.696, no qual listou os precedentes da prática dos Estados

²⁴ Sobre o costume, ver LUPI (2007, p. 53-138).

²⁵ STF. *Ação Cível Originária n. 298*, do Distrito Federal. Tribunal Pleno. Relator Min. Soares Munoz. Julgamento de 14 de abril de 1982. DJ, 17.12.1982. p. 13201.

e deles inferiu a *opinio juris* prevalecente, para admitir processar o Estado estrangeiro por reclamação trabalhista.²⁶

A norma costumeira aplica-se, assim, independentemente de qualquer ato interno. Sua recepção ocorre por via jurisprudencial. Os tribunais recolhem das provas da prática internacional a substância do costume e conferem-lhes sentido, diretamente, sem intermediação, nem consulta ao Poder Executivo.

Em conclusão, quando se toma apenas a indagação sobre o momento inicial de vigência do tratado na ordem interna e sua relação com os atos internacionais tendentes a dar-lhe vigência no plano internacional, parece adequado afirmar-se que o Brasil filia-se ao dualismo, posto que existe total independência entre os atos e seus efeitos em cada um dos planos de existência da norma convencional. Dificultam a coerência dessa descrição a incorporação das normas costumeiras e a subordinação dos efeitos do tratado internalizado e promulgado à ratificação. Ainda assim, no cômputo geral, talvez haja mais compatibilidade do que discrepância. Contudo, passado o momento inicial, isto é, na execução e nas possibilidades de suspensão e extinção da vigência internacional do tratado, a resposta necessita ser reavaliada. É o que se demonstrará a seguir.

5. A norma internalizada e os fatos internacionais posteriores à sua vigência

5.1. Efeitos da denúncia sobre o tratado vigente internamente

O primeiro exemplo aqui colacionado, para demonstrar como fatos alheios ao plano puramente interno de vigência da norma podem afetá-la, trata de denúncia de tratado firmado pelo País. A hipótese é a de que o Brasil decida não mais fazer parte de um tratado e comunique formalmente sua

²⁶ STF. *Apelação Cível n. 9696*. de São Paulo. Tribunal Pleno. Relator Min. Sydney Sanches. Julgamento de 31 de maio de 1989. DJ, 12.10.1990. p. 11045.

denúncia ao depositário ou à contraparte. Em razão da premissa dualista, esse ato não deveria repercutir na ordem interna sem nova manifestação do Poder Executivo para esse fim, notadamente a revogação expressa do Decreto de promulgação. Mas contrariando o dualismo, o Judiciário sentiu-se à vontade para negar vigência ao tratado denunciado, independentemente de ato revocatório.

No RMS 8799/61, o STF analisou o indeferimento de mandado de segurança a importador que pretendia beneficiar-se de isenção tributária decorrente do Tratado de Comércio e Navegação firmado com a Argentina e vigente internamente desde 1943 (Decreto 5.331/43). Apoiando-se em parecer da Procuradoria Geral da República, o STF manteve a decisão recorrida, porque o Brasil denunciara dito tratado em 1957 (nota 66, de 12 de setembro de 1957). Lê-se no parecer usado de fundamentação para o acórdão:

“Evidente que o juiz não podia conceder segurança contra pagamento de importação, alegando-se contra a tributação a existência de um acórdão internacional sôbre determinadas mercadorias, quando se verifica que tal acórdão já está denunciado e ainda, com a agravante, do impetrante nem sequer provar que a mercadoria que pretende a isenção, seria daquelas compreendidas no acórdão já denunciado.”²⁷

Três anos antes, o STF havia determinado que o benefício previsto no acordo deveria continuar a ser deferido aos importadores de produtos argentinos até a data em que a denúncia surtisse seus efeitos de acordo com o artigo XIX do Tratado.²⁸ Repara-se, outrossim, ser a vigência do

²⁷ STF. *Recurso em Mandado de Segurança 8799/SP*. Tribunal pleno. Relator Min. Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 02/08/1961. DJ 15-09-1961, p. 1947.

²⁸ STF. *Recurso em Mandado de Segurança 5990/SP*. Tribunal Pleno. Relator Min. Luis Gallotti. Julgamento: 29/10/1958.

ato internacional a condição dos efeitos internos, afastando-os à sombra do cancelamento daquela sem que exista um mecanismo interno de recepção do ato extintor da norma no plano internacional.

Observa-se, nesses acórdãos, que não se exigiu ato interno para negar vigência a obrigações internalizadas decorrentes de tratado. O postulado da plena separação entre as duas ordens não foi seguido pelo tribunal.

5.2. *A vigência internacional do tratado para outro Estado Parte*

Outra situação da prática brasileira contrária à tese dualista respeita a vigência internacional do tratado para o Estado Parte cujas leis ou atos, por alguma razão, sejam relevantes para a causa. Para o propósito deste artigo, apresenta elevado interesse recente jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região concernente à revalidação automática de diplomas. O Brasil firmou a *Convenção Regional sobre o Reconhecimento de Estudos, Títulos e Diplomas de Ensino Superior na América Latina e no Caribe*. Ela ingressou no ordenamento pátrio pelo Decreto 80.419 de 1977. O Brasil denunciou o tratado em 1998. Por força da cláusula 18.3 do tratado, a denúncia operou seus efeitos em 15 de janeiro de 1999. Em 31 de março de 1999, revogou-se o Decreto 80.419, por meio do Decreto 3.007. Aqui, porém, o tema de maior relevo diz respeito à posição do Estado no qual foi expedido o diploma que o postulante pretendia revalidar sem o usual processo administrativo. O Tribunal mantém a decisão de primeiro grau, de indeferimento do pedido. Na fundamentação, o principal motivo está assim enunciado:

“Ainda que seja verdade que a Lei boliviana n. 1992, de 28 de julho de 1999, aprovou e ratificou o ato internacional multilateral²⁹ (consulta realizada

²⁹ Consulta realizada no endereço eletrônico do Senado Nacional boliviano. Disponível em: <www.senado.bo>. Acesso em: 20 out. 2005.

no endereço eletrônico do Senado Nacional boliviano - www.senado.bo - em 20.10.2005), veja-se que antes desta data o Brasil havia depositado o instrumento de denúncia do tratado e já tinha escoado o prazo de 12 meses, previsto no art. 18, inciso 3 do Convênio, para que a denúncia surtisse seus jurídicos efeitos. Ou seja, quando da aprovação da lei boliviana o Brasil já não mais se obrigava pelos termos do tratado enfocado. Não houve coincidência na vinculação do Brasil e da Bolívia aos termos do acordo multilateral. Aliás, a Bolívia, embora tenha editado a lei de aprovação do tratado no ano de 1999, somente em 17/06/2005 procedeu ao depósito do instrumento de ratificação do pacto, de modo que um mês após a esta data iniciou para ela a vigência do acordo internacional³⁰.

Por consequência, não havia acordo em vigor entre os dois países e, ante a ausência de reciprocidade, julgou o Tribunal ser “inviável reconhecer-lhe o direito ao registro de seu diploma, independentemente de processo de revalidação.”³¹

Como visto, a decisão analisa a legislação boliviana e a ratificação pela Bolívia do mesmo tratado, concluindo que ambos os atos ocorreram posteriormente à denúncia do Brasil. É bem verdade que, ainda que houvesse coincidência da vigência internacional para Brasil e Bolívia, o Tribunal provavelmente não deferisse o pedido, baseado em sua própria jurisprudência e na do STJ, segundo a qual o estudante no exterior não formado antes da revogação interna do Decreto que internalizava o tratado tem mera expectativa de direito e

³⁰ Informações disponíveis em: <www.portal.unesco.org>. Acesso em 20 out. 2005.

³¹ TRF4. *Apelação Cível n. 2007.71.00.013239-0*. Terceira Turma. Relatora Des. Ingrid Schroder Sliwka. D.E. 26/03/2008. No mesmo sentido, do mesmo tribunal: *Apelação em Mandado de Segurança n. 2007.72.00.000726-3*. Terceira Turma. Relator Des. Roger Raupp Rios. D.E. 08/08/2007.

não direito adquirido à revalidação automática.³²

Em parecer dado em caso similar, acolhido integralmente como fundamentação do acórdão, o Ministério Público Federal sustentou que

“A denúncia apresentada à UNESCO pelo Governo Brasileiro retira, pois, um dos dois pilares de sustentação do acordo internacional, impedindo sua aplicação no território nacional, onde editado o Decreto Presidencial nº 3.007/99. A dúvida que se põe diz respeito à aplicabilidade do tratado quando apenas um dos seus ‘pilares’ permanece em pé.”

Se o Brasil fosse rigidamente dualista, valeria internamente somente o Decreto de internalização, repudiando-se a menção a “dois pilares”. Logo, a denúncia seria vista meramente como a causa, não jurídica, da revogação do Decreto e, por conseguinte, o concluinte de curso superior que obteve diploma durante o período de 15.01.1999 (data em que a denúncia tornou-se operativa) e 31.03.1999 (data do Decreto de revogação) teria direito à revalidação automática. O acolhimento de tal solução, todavia, apresenta-se pouco afeito às tendências verificadas no item 5.1 deste trabalho. Tem-se aqui, destarte, forte argumento para evidenciar que o Brasil não é país firmemente adepto do dualismo, pois a vigência internacional do ato tem repercussões no ordenamento interno, independentemente de manifestação das autoridades do País. Relembre-se que essa análise diz respeito à aplicabilidade pelos tribunais, não excluindo o dever de consistência das ações externas e internas de um governo, que, mesmo que ciente das relações aqui explicitadas, precisa revogar internamente o tratado denunciado

³² STJ. *Recurso Especial 846671/RS*. Primeira Turma. Relator Ministro José Delgado. DJ 22.03.2007, p. 301; TRF4. *Apelação Cível n. 2006.71.00.009927-8*. Terceira Turma. Relator Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. D.E. 23/07/2007 (o acórdão traz diversas referências à jurisprudência dos TRFs e do STJ).

internacionalmente, do mesmo modo que necessita promulgá-lo para o vigor interno e ratificá-lo para o vigor internacional.

5.3. Acordos cuja vigência está subordinada à observância da reciprocidade

Diversos dispositivos da legislação brasileira preveem restrições de direitos aos estrangeiros, reservando-os exclusivamente aos nacionais. Cite-se, à guisa de exemplo, a titularidade de certos cargos públicos e a participação na administração de sociedades empresariais. Porém, com frequência, acordos internacionais podem estender a estrangeiro o privilégio concedido aos nacionais, sob condição de brasileiros beneficiarem-se de idênticos direitos no país do estrangeiro. A própria Constituição admite tal possibilidade, nos artigos 12, §1º (igualdade de direitos para portugueses residentes), 178 (ordenação do transporte internacional) e 52 do ADCT (vedação de instalação de novas agências bancárias estrangeiras até a regulamentação do artigo 192, salvo reciprocidade). Uma busca não exaustiva na legislação nacional revela a presença da mesma condição no que tange à revalidação de diplomas estrangeiros (LDB, art. 48, §2º; CLT, art. 325, §2, b), aos direitos das companhias aéreas estrangeiras (Código Brasileiro de Aeronáutica, artigos 157, sobre admissão de tripulantes estrangeiros em aeronaves nacionais, condicionada à reciprocidade, e 214, §2º, sobre autorização de agência de empresa estrangeira, condicionada à reciprocidade), e a direitos de propriedade intelectual (Lei de Propriedade Intelectual, n. 9.279/96, arts. 3º, II e 124, XXIII; Lei de Direitos Autorais, n. 9.610/98, art. 2º par. único). Finalmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal exhibe casos de extradição baseada em promessa de reciprocidade, nas situações em que não há tratados entre o país solicitante e o Brasil, ou em que o tratado não cobre o crime ensejador do pedido de extradição. Em todos esses casos, é de se indagar se os tratados podem deixar de ser

aplicados pelos tribunais brasileiros por falta de observância, pelo país estrangeiro, de idêntico tratamento aos brasileiros. Uma resposta afirmativa confirma a permeabilidade das esferas internacional e nacional de vigência do tratado.

A jurisprudência não é farta nessa matéria. A reciprocidade costuma ser invocada pelos tribunais em matéria de imunidades do Estado estrangeiro e dos seus representantes. Contudo, em tais situações a reciprocidade é trazida como fundamento da obrigação do País. Os casos em que a ausência de reciprocidade conduziu à não aplicação do tratado são raros. Lembre-se, em primeiro lugar, o já citado acórdão sobre revalidação de diplomas expedidos na Bolívia, que, ao tempo do pedido em questão, ainda não havia ratificado o tratado e, portanto, não poderia outorgar o favor requerido a um brasileiro lá vivente.

Agregue-se a esse exemplo o julgamento de pedido extradicional feito pela Alemanha, baseado em promessa de reciprocidade, assim ementado:

“Extradição. Inexistência de tratado com o País requerente. Promessa de reciprocidade. Impossibilidade de cumprimento à luz da constituição alemã. Indeferimento do pleito. A Constituição da República Federal da Alemanha contém vedação à extradição do nacional alemão (art. 16), sem estabelecer qualquer exceção.

Por essa razão, o Estado requerente não demonstra estar habilitado a cumprir promessa de reciprocidade quando esta é formulada no bojo do pedido de extradição de pessoa que ostenta a condição de cidadão brasileiro naturalizado, como é o caso dos autos. Ausentes pressupostos do art. 76 da Lei n. 6.815/80. Pedido de extradição indeferido.”³³

³³ STF. Extradição n. 1.010, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgamento de 24.05.06, DJ de 19.12.06. Sobre o tema ver: SILVA, LUPI (2007b, p. 273-283; 2007a, p. 47-57).

Na fundamentação do acórdão, percebe-se que a Procuradoria-Geral da República e os Ministros do STF examinaram o art. 16 da Constituição alemã, que determina que nenhum alemão pode ser extraditado ao estrangeiro, não fazendo distinção entre o nato e o naturalizado, como ocorre com a Constituição nacional (art. 5º, LI). Para reforçar sua interpretação, citam manifestações de tribunais e doutrinadores alemães. Assim, se não pode a Alemanha extraditar alemão naturalizado a pedido do Brasil, tampouco pode-se conceder extradição de brasileiro naturalizado à Alemanha.

Conclui-se, portanto, que também quando a previsão de direitos a estrangeiros estiver subordinada a acordos internacionais baseados em reciprocidade, o tratado poderá não ser aplicado se for provada a não observância de idêntico tratamento a brasileiros no país do estrangeiro beneficiado ou a impossibilidade de atendimento à reciprocidade. Registre-se que, nos casos apreciados, essa verificação foi empreendida de ofício pelo Judiciário brasileiro, que colacionou as provas encontradas em suas próprias investigações acerca do Direito estrangeiro.

Antes de encerrar este tópico, deve-se mencionar o artigo 60 da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados, que autoriza a suspensão do tratado por não-cumprimento da outra Parte. Pode-se argumentar que os tribunais brasileiros, ao aplicarem a legislação que subordina os efeitos de acordos internacionais à reciprocidade, estão autorizados a negar a extensão de direitos a estrangeiros na falta desta ou ante sua impossibilidade, em virtude da faculdade prevista no artigo 60. Todavia, essa ponderação não afeta o que se pretende afirmar sobre a posição brasileira na dicotomia entre monismo e dualismo. Primeiro, porque, se os tribunais brasileiros precisassem fundamentar em norma prevista no ordenamento internacional a não aplicação interna de obrigação internacional, já haveriam ignorado a barreira estrita entre os

dois planos. Segundo, porque, seguindo o postulado dualista e observando a divisão das funções estatais referentes aos tratados, os tribunais somente poderiam aplicar o artigo 60 depois de declaração do Poder Executivo de suspensão da vigência do ato cuja reciprocidade fora atacada. Nada disso afeta, pois, a conclusão de que fatos internacionais podem interferir na vigência interna da norma internalizada.

6. Conclusões

Procurou-se neste artigo avaliar se o Brasil adota a teoria dualista concernente às relações entre Direito Internacional e Direito Interno. Num primeiro momento, mostrou-se que a doutrina hesita em aplicar-lhe esse rótulo sem qualificações adicionais e que estas tornam pouco definido o conteúdo prático da pretendida assunção teórica. Em seguida, foram abordados os estudos clássicos do Direito Internacional sobre o dualismo e da corrente que lhe é oposta, o monismo, para concluir que aquela primeira teoria implica rigorosa cisão dos momentos de vigência interna e internacional, afastando a influência dos atos formalizados no plano internacional sobre a vigência de normas internas, entre elas, o tratado já internalizado.

Ao empreender um exame da jurisprudência pátria, observou-se que os tribunais ladeiam os autores dualistas no que tange à inserção da norma no ordenamento pátrio, preservando o espaço de ação das autoridades internas, únicas a deliberarem sobre o início da vigência da norma internacional no plano interno. Nesse sentido, a vigência internacional não importa para aferir se a norma já vale internamente. Ainda que haja discussão doutrinária a respeito de qual ato interno introduza o tratado no Brasil, se Decreto Legislativo ou Decreto Presidencial de promulgação, ou, no caso dos acordos executivos, se geram ou não efeitos para particulares quando publicados no Diário Oficial, é sempre um ato de autoridade

interna que produz os efeitos na ordem jurídica brasileira.

Perturbam o enquadramento feito duas situações: a ineficácia do ato de internalização de tratado quando este ainda não vige internacionalmente para o País e a recepção das normas costumeiras pelo Poder Judiciário.

Na continuidade da aplicação do tratado, não se pode afirmar fidelidade ao dualismo. Três situações foram examinadas para comprovar que os atos na esfera internacional repercutem na aplicabilidade da norma internalizada.

Primeiro, foram trazidos à baila julgados relativos aos efeitos da denúncia de tratado no plano internacional. Viu-se que, embora seja recomendável a revogação dos atos internos que dão sustentação à vigência interna da norma, os tribunais não a exigem para declarar inaplicável direito previsto em tratado já denunciado pelo Brasil. Mais: apoiam-se para tanto num fato regulado pelo Direito Internacional, qual seja, o lapso requerido para que a denúncia surta efeitos. A toda evidência, consideram apoiar-se a vigência interna do tratado sobre dois pilares, a vigência internacional e a norma de internalização. Ruindo qualquer um dos dois, deixa-se de aplicar o tratado.

Segundo, anotou-se que a suspensão ou a extinção ou, ainda, a não formação do liame convencional entre o Brasil e o Estado estrangeiro, por falta de ratificação ou incorporação do tratado por este último, geram a não-aplicação do tratado no plano interno.

Terceiro, verificou-se o caso dos atos que exigem reciprocidade, para os quais parece definida a posição dos tribunais de perquirir sobre a aplicação pelo país estrangeiro do direito solicitado às autoridades brasileiras.

Em conclusão, explica melhor a situação brasileira do que a regra sintetizada no termo dualismo a constatação de que os tribunais brasileiros interpretam restritivamente

a vigência das normas internacionais no âmbito interno. Possivelmente espelhando tendência também já encontrada alhures (SCHREUER, 1971, p. 255-297), de ver os tratados como restrições à soberania nacional, os tribunais, para defendê-la, tendem a negar vigência interna aos tratados quando encontram num ou noutro lado fato que os autorize a assim proceder. Isto não quer dizer que seja o Brasil monista com primazia do Direito nacional, pois a refutação do dualismo passa pela permeabilidade entre os dois planos de vigência, algo inadmissível na teoria monista nacionalista.

Deve-se ressaltar que, ante a complexidade das relações entre o Direito Internacional e o interno e as variações e sutilezas ocorrentes na prática das autoridades brasileiras, a possibilidade de valer-se de um conceito redutor, como dualismo, vê-se afastada. Nem se pode sustentar que as adjetivações e as remodelações que sofre para se adaptar à incontável quantidade de exceções podem salvá-lo. Em verdade, apenas nublam o conteúdo específico do termo, despindo-o de eficácia descritiva e poder explicativo. Ao menos no que tange à vigência das normas internacionais, a conclusão sobre a possibilidade de descrever a prática brasileira como dualista é negativa.

Referências

- ACCIOLY, Hildebrando. A Conclusão de atos internacionais no Brasil. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, n. 17-18, p. 58-63, jan./ dez 1953.
- _____. Promulgação de tratado de comércio e navegação Brasil-Chile, de 1943. Ausência do respectivo decreto. Conceito da promulgação de tratados. Parecer de 11 de junho de 1954. In: MEDEIROS, A. P. Cachapuz de (Org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. Brasília: Senado Federal, (1952-1960), 2001.
- ANZILOTTI, Dionisio. *Cours de droit international*. Paris: Panthéon-Assas, 1999.
- ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Curso de direito internacional público*. 10 ed. Uberaba: Forense, 2000.
- ARIOSI, Mariangela. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. Inserção dos tratados no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 132, p. 71-80, out./ dez. 1996.
- BARBOSA, Salomão Almeida. O poder de celebrar tratados no direito positivo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 162, p. 353-361, abr./ jun. 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Universidade de Brasília, 1999.
- CAMARA DOS DEPUTADOS. Parecer sobre a Mensagem n. 296, de 2001. Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional. Relator Dep. Waldir Pires, 17 ago. 2001.
- CARVALHO, P. B. Tratados internacionais em matéria tributária: estudo de um caso concreto. In: CASELLA, Paulo et al. (Orgs.). *Direito internacional, humanismo e globalidade: Guido Fernando Silva Soares Amicorum Discipulorum Liber*. São Paulo: Atlas, 2008.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FOOTER, Mary. Research program: the symbiosis between public international law and national law. *International Law Forum*, n. 3, p. 249-252, 2001.
- HENKIN, Louis. Implementation and compliance: is dualism metastasizing? *Proceedings of the American Society of International Law*, v. 91, p. 515-518, 1997.
- HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 7 ed. São Paulo: LTr, 2007.
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Third report of the committee on international law in national courts. *Taipei Conference (68th)*, p. 659-683, 1998.
- KELSEN, H. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. Paris, Hachette, tome 14, p. 226-331, 1926.
- _____. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- LITRENTO, Oliveiros. *Curso de direito internacional público*. 3 ed. Uberaba: Forense, 1997.
- LUPI, André. *Os métodos no direito internacional*. São Paulo: Lex, 2007.
- MAGALHÃES, José Carlos de. *O supremo tribunal federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

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

_____. *O poder legislativo e os tratados internacionais*. Porto Alegre: LP&M, 1983.

_____. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 12 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NÓBREGA, Beatrice Guimarães. *O dualismo de preeminência internacional: uma abordagem antiformalista acerca da relação entre direito internacional e direito interno a partir do ordenamento jurídico de Santi Romano*. Dissertação de Mestrado. UFSC, Florianópolis, 2008.

REZEK, José Francisco. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, n. 162, p. 133-138, abr./ jun. 2004.

_____. *Direito internacional público: curso elementar*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Tratados e suas relações com o ordenamento jurídico interno: antinomia e norma de conflito. *Revista CEJ*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 54-59, maio/ ago. 1997.

ROMANO, Santi. *Corso di diritto internazionale*. Padova: CEDAM, 1939.

_____. *O ordenamento jurídico*. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: F. Boiteux, 2008.

SALIBA, Aziz Tuffi. A imunidade absoluta de jurisdição de estados: sólida regra costumeira ou mito? *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 8, p. 23-33, 2005.

_____. *Legislação de direito internacional*. 3 ed. São Paulo: Rideel, 2008.

SCHREUER, Christoph. The interpretation of treaties by domestic courts. *British Year Book of International Law*, v. 45, p. 255-297, 1971.

SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia*. Madrid: Trotta, 1999.

SILVA, C. A., LUPI, André L. P. B. A extradição por reciprocidade no Brasil. *Realidades: direitos humanos, meio ambiente e desenvolvimento*. Natal: UFRN, 2007a.

SILVA, C. A., LUPI, André L. P. B. A proibição da extradição de nacionais no procedimento baseado em promessa de reciprocidade. *Produção Científica CEJURPS*, v. 1, p. 273-283, 2007b.

STF. *Ação Cível Originária n. 298*, do Distrito Federal. Tribunal Pleno. Relator Min. Soares Munoz. Julgamento de 14 de abril de 1982. DJ, 17.12.1982, p. 13201.

STF. *Apelação Cível n. 9696*. de São Paulo. Tribunal Pleno. Relator Min. Sydney Sanches. Julgamento de 31 de maio de 1989. DJ, 12.10.1990, p. 11045.

STF. *Carta Rogatória n. 8279-4*. Relator. Min. Celso de Mello. Diário da Justiça, 14.05.1998, p. 34.

STF. *Extradição 905*, da Bélgica. Tribunal Pleno. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgamento de 24.02.2005, p. 33.

STF. *Extradição n. 1.010*, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgamento de 24.05.06, DJ de 19.12.06.

STF. *Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 23914/DF*. Rel. Min. Maurício Corrêa. Decisão de 08.05.2001.

STF. *Recurso em Mandado de Segurança 5990 / SP*. Tribunal Pleno. Relator Min. Luis Gallotti. Julgamento: 29/10/1958.

STF. *Recurso em Mandado de Segurança 8799 / SP*. Tribunal pleno. Relator Min. Goncalves de Oliveira. Julgamento: 02/08/1961. DJ 15-09-1961, p. 1947.

STJ. *Recurso Especial 846671/RS*. Primeira Turma. Relator Ministro José Delgado. DJ 22.03.2007, p. 301.

TOLFO, Andrea Cadore. *A conclusão dos tratados internacionais: as exigências constitucionais e a prática executiva*. Dissertação de Mestrado, UFSC, Florianópolis, 2006.

TRF4. *Apelação Cível n. 2006.71.00.009927-8*. Terceira Turma. Relator Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. D.E. 23/07/2007.

TRF4. *Apelação Cível n. 2007.71.00.013239-0*. Terceira Turma. Relatora Des. Ingrid Schroder Sliwka. D.E. 26/03/2008.

TRF4. *Apelação em Mandado de Segurança n. 2007.72.00.000726-3*. Terceira Turma. Relator Des. Roger Raupp Rios. D.E. 08/08/2007.

TRIEPEL, Heinrich. Les rapports entre le droit interne et le droit international. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. Paris, Hachette, tome 1, p. 77-118, 1923.

_____. *Völkerrecht und Landesrecht*. Leipzig: C.L. Hirschfeld, 1899.

VALLADÃO, Haroldo. Aprovação de ajustes internacionais pelo congresso nacional. Parecer. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, n. 11-12, p. 95-108, jan./ dez. 1950.