

A TEORIA DE TRIEPEL E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 80.004

Patrícia Grazziotin Noschang*

Revista Ius Gentium 2(1): 97-114 [2009]

Resumo

A discussão sobre o conflito de leis interna e internacional teve início no século passado quando se formaram as teorias clássicas para tentar resolvê-lo: a teoria dualista defendida por Triepel e, posteriormente Anzilotti; e a monista representada por Kelsen seguida por Vedross. Apesar de tais teorias terem surgido há mais de cem anos, elas são invocadas até hoje para solucionar o conflito entre tratado e lei interna, determinando qual das duas deverá prevalecer. São fundamentos tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência brasileira. O artigo propõe uma análise do Recurso Extraordinário n. 80.004, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 1997, observando as contradições com a teoria dualista de Triepel. A decisão do Supremo Tribunal Federal que deu primazia a um Decreto-lei sobre uma convenção, mudou para sempre o entendimento da jurisprudência brasileira

Palavras Chave: Conflito de fontes. Dualismo. Recurso Extraordinário n.80.004. Triepel.

Abstract

The discussion around the conflict of laws had been started in the last century where the classic theories born to solve the argument. They are the Dualism created by Triepel and afterwards defended by Anzilotti and the Monism broached by Kelsen and immediately by Vedross. Although those theories were born a hundred year ago they are invoked since today to solve the conflict between the treaty and the domestic law declaring which one is going to prevail. They are important to fundament the Brazilian doctrine and jurisprudence. This essay proposes an analysis of the Recurso Extraordinário n. 80.004 judge by the Brazilian High Court in 1997, will take into account the contradictions with the Triepel' dualism theory. The High Court' decided to give the priority to an act instead of a convention, changed forever the Brazilian' jurisprudence.

Keyword: Conflict of Laws. Dualism. Recurso Extraordinário n.80.004. Triepel.

* Mestranda em Direito- Linha de Relações Internacionais –CPGD/UFSC, Especialista em Comércio Exterior e Negócios Internacionais - FGV e Direito Internacional Público, Privado e da Integração - UFRGS. Professora e pesquisadora da Universidade de Passo Fundo- UPF.

Introdução

O ordenamento jurídico brasileiro não possui norma geral que determine a forma a hierarquia dos tratados e leis internas após sua recepção dos tratados¹. Sendo assim, o conflito de fontes internacionais com as internas passa a ser inevitável e sem solução normativa para determinar qual delas deverá prevalecer, transferindo para o Supremo Tribunal Federal (STF), de acordo com a Constituição Federal de 1988, a responsabilidade de definir qual das normas terá primazia sobre a outra.

As doutrinas internacionalistas e constitucionalistas divergem sobre qual norma deveria prevalecer no caso do conflito. Na opinião da maioria dos constitucionalistas, tanto a norma constitucional, por ter hierarquia superior à lei ordinária, como a lei ordinária posterior ao tratado devem prevalecer em caso de conflito. Os internacionalistas, ao resolver o conflito entre as fontes, dividem-se, uns apoiando a teoria monista defendida por Hans Kelsen e Alfred Vedross, e outros o dualismo de Heinrich Triepel e Dioniso Anzilotti. No monismo, defendido pelos doutrinadores acima citados, o conflito de normas seria resolvido pelo princípio da *pacta sunt servanda*, o qual Kelsen coloca no topo da sua pirâmide normativa, reconhecendo a hierarquia da norma internacional e observando a sua primazia sobre as demais normas, no ordenamento jurídico interno. Já o dualismo não reconhece o conflito de fontes, considera que existem dois ordenamentos jurídicos diversos - um interno e outro internacional -, sendo assim a norma internacional nunca poderá ser revogada por conta de sua origem, ou seja, emana de um ordenamento jurídico externo superior ao ordenamento jurídico interno. Nesse ensaio dar-se-á maior atenção ao dualismo de Triepel

¹ Exceção para os tratados de Direitos Humanos que adquiriram status de emenda constitucional, após a EC 45/2004, e aos tratados em matéria tributária, segundo o art. 98 do CTN que lhes dá primazia sobre a lei interna.

verificando sua aplicação na jurisprudência brasileira, mais especificamente no Recurso Extraordinário (RE) 80.004, julgado pelo STF em 01 de junho de 1977, marco na jurisprudência brasileira quando se analisa o conflito de fontes entre o Direito Interno e o Direito Internacional.

1 A Teoria de Triepel

Antes de entrar propriamente na teoria pura de Triepel, faz-se necessário contextualizar a época em que o autor viveu² e, quem eram os outros juristas que compartilharam das mesmas idéias. Segundo Koskennieme, que observa a formação das escolas internacionalistas, “a história do Direito Internacional na Alemanha, entre 1871 e 1933, é um relato sobre os intentos recorrentes de enquadrar o Estado em um círculo jurídico internacional por parte dos juristas especialistas em direito público [...]”³. Havia um grupo de doutrinadores/juristas alemães, que estavam descobrindo e começando a aceitar a existência do Direito Internacional. Consideravam o mesmo independente do Estado, e autônomo, não mais o Direito Externo estatal como até então era designado. Os nomes que surgem na época, além de Triepel, são o de Paul Laband (1838-1918) que definia o Direito Internacional como algo maior que o direito nacional externo, equiparando os tratados às leis nacionais⁴; George Jellinek (1851-1911) propôs juntamente com o Direito Internacional a ética social, associada com a psicologia,

² *Heinrich Triepel nasceu em 1868, na cidade de Leipzig na Alemanha. Em 1889, com 21 anos, já era juiz e publicou seu primeiro livro sobre as contradições entre o direito interno e o direito internacional, traduzido para o italiano, Diritto Interno e Diritto Internazionale (Völkrecht und Landesrecht). Viveu todo o tempo na Alemanha. Em 1919, Triepel rompe com o Instituto de Haia protestando contra a assinatura e condições impostas pelo Tratado de Versalhes, e se afasta do direito internacional, devido também ao nacionalismo que se instala na Alemanha nesse período.*

³ KOSKENNIEME, Marttti. **O Discreto Civilizador de Nações – O Auge e a Caída do Direito Internacional 1870-1960**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2005. p.181.

⁴ KOSKENNIEME, Marttti. p. 184.

e considerava o Direito Internacional como outros ramos do direito. Para ele o tratado tem caráter de norma legal, apresenta “[...] um voluntarismo puro e uma compreensão mais sociológica do direito tendo em vista a vontade do Estado.”⁵ Philip Zorn (1850-1928) representou o Estado alemão nas negociações e assinatura de diversos tratados - para ele os tratados ratificados possuíam uma obrigação de cumprimento moral dos Estados, posteriormente torna-se um grande defensor da arbitragem como forma de resolução de conflitos⁶. Kohler (1849-1919) publica a primeira obra do direito alemão, em 1906, que se destina especificamente ao Direito Internacional. O autor afirmava que o Direito Internacional emanava das tendências multidisciplinares, internacionalistas e do idealismo de Hegel, sendo para ele uma ciência da paz.⁷

O voluntarismo inicia com o pensamento dos juristas de 1873, que transformaram a bondade e a moralidade em vontade. Essas idéias foram adotadas principalmente na Alemanha pelos especialistas em direito público, partindo do pensamento de Kant.⁸ O voluntarismo de Triepel é considerado multilateral, pois para ele é da vontade dos Estados que surgem, por exemplo, os tratados – verdadeiros atos de declaração de vontade pura. Desta forma, Laband, Triepel e Zorn concordavam que “[...] o Direito Internacional está principalmente composto de tratados concebidos como expressões de vontade soberana e não como surgimento de uma modernidade interdependente.”⁹

A teoria de Triepel é apresentada pela obra, “Direito Interno e Direito Internacional” (Völkrecht und Landesrecht). É o primeiro autor que se dispõe a analisar os problemas das relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional, apontando a diversidade das relações jurídicas, das fontes, dos

⁵ KOSKENNIEME, Marttti. p. 199.

⁶ KOSKENNIEME, Marttti. p. 201.

⁷ KOSKENNIEME, Marttti. p. 201.

⁸ KOSKENNIEME, Marttti. p. 188-189.

⁹ KOSKENNIEME, Marttti. p. 208.

sujeitos, bem como a responsabilidade do Estado. Para Triepel essas diversidades estão divididas em dois ordenamentos jurídicos, o ordenamento jurídico interno e o ordenamento jurídico internacional. que são ordenamentos distintos e que não se relacionam entre si, porém se tangenciam.

O Estado é o sujeito de Direito Internacional que atua na sociedade internacional em forma de coordenação em relações recíprocas com os outros Estados, partindo do princípio de que todos são iguais. Nessas relações surgem os tratados, que emanam exclusivamente da vontade dos Estados em firmar um compromisso internacional, formando assim a norma internacional. Desta forma, as relações do Estado com os indivíduos não podem ser consideradas no mesmo patamar, pois tal relação se dá por subordinação. A norma estatal que advém do Estado se aplica verticalmente aos indivíduos que desta forma não estão aptos a firmar tratados e vivem sujeitos ao ordenamento jurídico interno do Estado.¹⁰

A fonte do Direito Internacional surge da vontade dos Estados que se consolida nos tratados e convenções realizadas entre eles. Essa vontade tem força obrigatória de norma para os Estados que manifestam voluntariamente, pois nenhum Estado tem a obrigação de se vincular a um determinado tratado se assim não for sua vontade.¹¹

Triepel define o Direito Internacional como “[...] o direito que regula as relações recíprocas de uma pluralidade de Estados coordenados.”¹² A partir dessa definição o autor exclui as relações dos Estados com outros Estados subordinados (tutelados) e dos Estados com os indivíduos. A regulação desse direito é realizada pelos tratados, como acima afirmado, que criam normas jurídicas de Direito Internacional.

¹⁰ TRIEPEL, Henrich. **Diritto Interno e Diritto Internazionale**. Torino, 1913. p.13-28.

¹¹ TRIEPEL. **Diritto Interno e Diritto Internazionale**. p.35-36 e 81-82.

¹² TRIEPEL. p. 22 (nota de rodapé).

Sua teoria aborda também as relações entre as normas jurídicas do Direito Interno e do Direito Internacional. Para o autor o que interessa é saber como o Estado aplica internamente as normas de Direito Internacional. O Estado deverá recepcionar as normas de direito internacional no seu ordenamento jurídico quando essas se transformarem, incorporadas, em normas de Direito Interno.¹³ Sendo assim, tais normas nunca entrarão em conflito, por emanarem de fontes completamente diferentes.¹⁴ Assim, é impossível considerar a fonte do Direito Internacional como superior a uma fonte de Direito Interno, ou vice-versa, pois a eficácia jurídica das normas determina que uma dependa da vontade da outra.¹⁵

Conclui o autor que se a fonte de Direito Interno não prevalece sobre a fonte de Direito Internacional, torna-se impossível uma lei posterior revogar uma norma internacional anterior. Segundo Triepel a norma posterior somente poderá revogar a anterior quando derivarem do mesmo legislador¹⁶, o que não é o caso.

A teoria voluntarista de Triepel, acima exposta, teve diversos seguidores, principalmente na chamada Escola Italiana de direito internacional, podemos citar Dionisio Anzilotti, Santi Romano, Piero Zicardi.

O primeiro foi Anzilotti, que na sua obra *Il Diritto Internazionale nei Giudizi Interni*, reforça os argumentos de Triepel quanto à existência de dois ordenamentos jurídicos diversos e também no que se refere à natureza da fonte das normas de direito internacional, concordando que essas nascem da vontade

¹³ TRIEPEL. p. 170-71.

¹⁴ TRIEPEL. p. 179-80.

¹⁵ TRIEPEL. p. 255. Tradução livre da cópia em italiano: *Ma è impossibile considerare la fonte del diritto internazionale come superiore alla fonte del diritto interno o viceversa, nel senso specifico che l'efficacia giuridica delle norme stabilite dall'una dipenda dalla volontà dell'altra.*

¹⁶ TRIEPEL. p.256.

dos Estados e das suas relações que demonstraram a necessidade de elaboração de um tratado.¹⁷

Anzilotti afirma que o Direito Internacional, não é o direito público externo de um Estado, e sim “[...] fonte imediata da vontade objetiva dos Estados, que se exterioriza nos acordos explícitos e nos costumes, com o objetivo de estabelecer regras obrigatórias às suas relações, ou seja, as relações de entes coordenados e autônomos.”¹⁸

A influência do dualismo de Triepel em Santi Romano é vista na obra “O Ordenamento Jurídico”, na qual o autor italiano também admite a existência de dois ordenamentos jurídicos distintos, o interno e o internacional. O Direito Internacional é considerado por Romano como instituição (ordenamento jurídico internacional) que adquire um caráter de direito “supra-partes”, pois se destina a regular, em coordenação, as relações entre os Estados. Considera que a única fonte do direito internacional emana da vontade do Estado, podendo constituir-se pelos tratados, costumes ou outros atos normativos.¹⁹ Segundo Romano,

Se os Estados são independentes uns dos outros, esta condição deles, do ponto de vista jurídico, não é preexistente em relação ao direito internacional, mas posta por este último; e o princípio segundo o qual o Estado pode estar obrigado somente por normas que contribuiu a formar com a própria vontade é um princípio de direito internacional positivo que pressupõe, deste modo, que este último esteja já constituído e em vigor.²⁰

Piero Ziccardi adota o dualismo de Triepel, da mesma forma que os outros autores, que se apresenta na separação dos ordenamentos jurídicos, declarando a

¹⁷ AZILOTTI, Dionisio. **Il Diritto Internazionale nei Giudizi Interni**. Bolonha: Ditta Nicola Zanichelli, 1905. p.314-15.

¹⁸ AZILOTTI, Dionisio. p.319. Tradução livre do original: [...] *ha la sua fonte imediata nella volontà collettiva degli stati, che si estrinseca negli accordi espliciti e nelle consuetudini, con lo scopo di stabilire regole obbligatorie ai rapporti loro, ossia ai rapporti di enti coordinati ed autonomi.*

¹⁹ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Trad. de Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Boiteux, 2007. p.99.

²⁰ ROMANO, Santi. p.100.

existência de um ordenamento internacional diferente dos outros.²¹ Discute a existência de um Direito Internacional Público e um Direito Internacional Privado, porém o último ainda sem um consenso na doutrina de sua caracterização, apenas reconhecido pelos ingleses como *choice of laws*.²²

Ziccardi reconhece que o tratado é fonte de direito internacional proveniente da vontade dos Estados, porém considera o costume também como fonte extraída da mesma vontade dos Estados, mas repetida ao longo do tempo.²³

A teoria dualista é citada até os dias de hoje para explicar o conflito de fontes interna e internacional, e ainda possui seus seguidores tanto no Brasil quanto internacionalmente.

2 O recurso extraordinário 80.004

Segundo a Constituição Federal Brasileira de 1988, os órgãos responsáveis para decidir sobre o conflito entre o tratado e uma norma constitucional ou lei interna seja ela federal em única ou última instância são: o STF, na forma de Recurso Extraordinário, de acordo com art. 102, III²⁴; e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em Recurso Especial, segundo o art. 105, III²⁵, porém nenhum deles determina qual norma deverá prevalecer.

²¹ ZICCARDI, Piero. **Diritto Internazionale in Generale**. Milano: Giuffrè, 1964. p.1011-13.

²² ZICCARDI, Piero. **Diritto Internazionale in Generale**. p.1032.

²³ ZICCARDI, Piero. **La consuetudine internazionale nella teoria delle fonti giuridiche**. Milano: Giuffrè, 1960.

²⁴ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago 2009.

²⁵ BRASIL. Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos

Antes de abordar especificamente o RE 80.004, é necessário observar que o STF na construção da jurisprudência, até o julgamento do referido recurso, quando havia conflito entre um tratado e uma norma interna seja ela anterior ou posterior ao tratado, decidiu pela primazia do tratado. O julgamento do recurso acima mencionado é considerado polêmico pela doutrina, pela reviravolta que deu na jurisprudência da Suprema Corte Brasileira, que até então era pacífica no sentido de primar pela vigência do tratado. Muitos doutrinadores se manifestaram contra a decisão do STF e outros a favor. Sendo assim, o julgamento foi um divisor de águas na doutrina e jurisprudência brasileira.

O RE 80.004 foi interposto, por Belmiro da Silveira Goés contra Sebastião Leão Trindade. Na época, a Constituição Federal vigente era a de 1967, e o fundamento do recurso estava no art. 114, III, d²⁶. A discussão versa sobre a validade ou não de uma nota promissória assinada pelo recorrente, que não foi devidamente registrada pelo recorrido para ser eficaz, segundo exigia o Decreto-Lei 427/69. Em primeiro grau de jurisdição o recorrido moveu ação de cobrança de título, mesmo sem ter feito o registro da nota promissória. A ação foi julgada improcedente por vício de forma, devido à falta de cumprimento do requisito imposto pelo decreto referido. Houve recurso de apelação que reformou a decisão de primeiro grau. O Tribunal de São Paulo ao julgar o recurso entendeu que a falta de registro era apenas uma formalidade e não requisito essencial para a validade do ato, dando procedência ao pedido. O acórdão do Tribunal paulista seguiu a doutrina da primazia do direito internacional, diversamente do julgado de primeiro

tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago 2009.

²⁶BRASIL. **Constituição Federal de 1967**. Art. 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, por outros Tribunais, quando a decisão recorrida: d) dar à lei federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 22 ago 2009.

grau que seguiu a corrente contrária – primazia do direito interno. Sendo assim o apelado impetrou o recurso extraordinário ao STF devido à divergência jurisprudencial. Conforme o parecer do Procurador Geral da República, o mérito do recurso está em dois pontos: na validade do Decreto-Lei 427/69 frente à Convenção de Genebra sobre títulos cambiais (considerada Lei Uniforme) e a possibilidade de cobrança do título sem registro conforme o Decreto, bem como a responsabilidade do avalista em efetuar o pagamento.²⁷ A conclusão do parecer, após longa fundamentação sobre apenas a validade ou não da obrigação do avalista, declara que se o título de crédito for nulo, não há que se falar em obrigação cambiária para o avalista. O parecer não aborda o conflito de leis declarando que o mesmo não foi objeto de pré-questionamento, desta forma, afirma o Procurador, não há o que recorrer sobre esse assunto.²⁸

Seguindo a ordem de voto dos ministros no acórdão, o voto do Ministro Xavier de Albuquerque, relator do processo, relembra a jurisprudência do STF em dar primazia sempre ao direito internacional negando provimento ao recurso.²⁹ Após o voto do relator, o Ministro Cunha Peixoto pediu vistas, e para fundamentar o seu voto mencionou detalhadamente a teoria dualista chegando, ao final, à conclusão que por essa teoria o Decreto-Lei não é inconstitucional dando provimento ao recurso.³⁰ O Ministro Cordeiro Guerra, nas suas considerações, aborda tanto a teoria monista de Vedross quanto a dualista de Triepel e Anzilotti. Conclui que o decreto prevalece e a nota promissória é nula, pois em sua opinião, se os tratados pudessem apenas ser revogados pela denúncia, o STF nunca poderia

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 80.004-SE**. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Brasília, DF, 1 de jun. de 1977. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 22 ago 2009. p. 919-20.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p.920-27.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. .p.928-936.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p.938-957.

declarar inconstitucional um tratado que entrasse em conflito com uma lei interna³¹.

O Ministro Leitão de Abreu opinou pela procedência do recurso, no entanto diverge dos outros ministros afirmando que a lei posterior não revoga a anterior. Considera o Ministro que, a lei e o tratado possuem o mesmo status, no entanto a lei posterior não revoga o tratado, apenas afasta a sua aplicação onde houver contradição com a nova lei, e ainda quando tal lei for revogada o tratado volta a ter vigência total.³² O quarto voto é o Ministro Rodrigues Alckmin, que acompanhando os demais colegas, segue o princípio de que a lei posterior revoga a anterior, devido à falta de norma constitucional que determine qual deve prevalecer no conflito de normas.³³ O Ministro Antonio Neder considerando que seus colegas anteriores, ao proferirem seus votos, aproximam-se muito do monismo moderado de Vedross, votou no mesmo sentido³⁴, no entanto a fundamentação foi por outro caminho. O Ministro afirmou que os mesmos estavam diante de um caso que requeria uma interpretação extensiva, afirmando que “[...] é de se aplicar o princípio segundo o qual a regra que permite o mais permite o menos.”³⁵. E continua concluindo o seu voto:

[...] a Convenção de Genebra ressalva no direito interno de cada Parte Contratante a vigência de regra tributária incidente nas letras e nas notas promissórias, e, por isto o Dl. n. 427-69 não se acha incompatibilizado com ela, senão que em harmonia com uma de suas cláusulas, especialmente redigida para exprimir a reserva. Conheço o recurso pelo fundamento da divergência, mas, no mérito, discordando da fundamentação deduzida pelos nobres Ministros que me antecederam, voto pelos fundamentos aqui articulados [...].³⁶

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p.958-970.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p.972-985.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p.991-998.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p. 1000-1012.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p.1013.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p.1013.

O Ministro Thompson Flores ressalta que a controvérsia está em definir quem tem primazia entre o tratado e a norma interna, e na opinião do Ministro não há no ordenamento jurídico interno norma que determine a solução para o conflito. Desta forma, menciona que lei e tratado são equivalentes e uma pode revogar a outra.³⁷

O último Ministro a pedir vista do processo foi Eloy da Rocha, que ao votar pela procedência do recurso, justificou afirmando que não concordava que a lei ordinária possa revogar as Convenções e, que o Decreto e a Lei Uniforme são plenamente compatíveis.³⁸

O recurso foi julgado procedente por unanimidade, com voto vencido do relator que acompanhou a jurisprudência anterior da casa. A partir desse julgado abriu-se o precedente para não considerar mais a primazia dos tratados sobre as normas internas. No entanto, o objetivo aqui presente é verificar nos votos dos Excelentíssimos Ministros o abandono da teoria dualista de Triepel, que passaram a adotar o monismo moderado, levando em consideração, muitos deles, o critério cronológico das leis.

3 A decisão do Supremo Tribunal Federal e as contradições com a teoria de Triepel

Ainda que a decisão do STF tenha mudado o rumo da jurisprudência brasileira, os Ministros motivaram seus votos concordando ou não com a teoria dualista de Triepel. Analisa-se nesse momento a fundamentação dos votos proferidos com a teoria de Triepel.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p.1015-1019.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p.1021-1022.

A primeira incongruência aparece no voto do Ministro Carlos Cunha que justifica a primazia do Dec. Lei sobre o tratado, mencionando uma passagem da teoria de Triepel, na qual ele afirma que o não se deve declarar nula uma lei interna que contrarie o direito internacional, pois o direito interno deve ser aplicado aos nacionais e estrangeiros, mesmo que essa norma contrarie o direito internacional.³⁹ A utilização da passagem da obra de Triepel está fora do contexto. Ao afirmar que a norma interna deve ser aplicada mesmo que essa contrarie o direito internacional, Triepel não menciona a primazia, mas as fontes diversas, pois como visto anteriormente as normas internacionais e as normas internas têm suas origens em fontes diversas, e assim uma não é superior a outra. O autor aborda a aplicação da lei e não a primazia de uma sobre a outra. A afirmação do voto torna-se ainda mais contraditória quando o Ministro faz referência a Amilcar de Castro, logo após mencionar Triepel. Ora, Amilcar de Castro é um dos maiores defensores da doutrina brasileira à teoria dualista, considerando que o Estado não pode relacionar-se com os seus pares em subordinação, existindo para isso um ordenamento jurídico diverso do interno e o direito das gentes para o convívio internacional. Para Amilcar de Castro “[...] cada direito estatal é um todo independente do direito internacional.”, e ainda afirma que esses conceitos sempre estiveram presentes na doutrina clássica. Irineu Strenger, da mesma forma, concorda com Castro afirmando que existem duas ordens jurídicas independentes. Ambos doutrinadores brasileiros estão de acordo com o dualismo de Triepel.⁴⁰

O Ministro Carlos Cunha insiste em citar Triepel para fundamentar o seu voto na primazia do direito interno, afirmando que o tratado contratual, difere do tratado normativo que traz regras de interesse comum, enquanto o primeiro é de interesse particular do Estado. Segundo ele, os tratados contratuais após serem incorporados no ordenamento jurídico brasileiro, transformam-se em direito

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p.953.

⁴⁰ CASTRO, Amilcar. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 249-50. e, STRENGER, Irineu. **Teoria geral do direito internacional privado**. São Paulo: Bushatsky, 1973. p.8.

positivo. A conclusão do Ministro é equiparar uma Lei Uniforme a um tratado contratual e assim demonstrar com um caso ocorrido na Itália⁴¹, a possibilidade de revogar o tratado que ele denomina como contratual, quando uma lei interna posterior o contrarie. O equívoco aqui está em considerar a Lei Uniforme como tratado contratual. Como o próprio nome já denomina, a Convenção de Genebra é um tratado que estabelece uma Lei Uniforme a fim de e facilitar o comércio internacional em matéria cambial. O tratado demonstra o interesse comum dos Estados signatários, preocupados em unificar os ordenamentos jurídicos, adotando universalmente uma só prática.

O Ministro Leitão de Abreu no seu voto, após fazer sua fundamentação toda baseada em Kelsen, traz elementos da teoria dualista de Triepel, manifestando que a lei não revoga o tratado, mas afasta a sua aplicabilidade das contradições enquanto a lei estiver em vigor. O voto do Ministro é uma mistura do monismo de Kelsen e dualismo de Triepel por onde ele transita o tempo todo. Contudo, sua conclusão final é de dar provimento ao recurso, concordando com os votos antecedentes de que o Decreto prevalece sob o tratado.⁴²

O voto do Ministro Antonio Neder traz arguições que nenhum Ministro até então havia mencionado. O Ministro recorre ao direito tributário para justificar a sua manifestação, afasta as teorias tanto dualista quanto monista demonstrando que a regra é fazer uma interpretação extensiva em matéria tributária. Refere-se a Anzilotti quando, o autor também dualista, indica como fonte de direito

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p.955-56. "Triepel traz à colação o seguinte caso: 'Por um decreto de 1893, o governo italiano exigiu que todos os direitos aduaneiros fossem pagos em metal, ou em meios de liberação análogos. A Suíça reclamou e, apoiando-se na cláusula compromissória do art. 14 do tratado de comércio, provocou a instauração do Tribunal arbitral, previsto para as dificuldades que surgissem quanto à interpretação e aplicação do tratado. A Itália não aceitou, e, em nossa opinião, com razão, porque a modificação do direito italiano, de que a Suíça se queixava, era apenas modificação do direito interno suposto, não ordenado, pelo tratado de comércio.' (ob. cit., pág. 50)." O caso citado pelo Ministro em nada se assemelha com o julgado, pois o exemplo refere-se a uma discussão que foi invocada no plano internacional – Tribunal arbitral, e basta esse fator para descaracterizar o mérito da afirmação.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p.972-85.

internacional os costumes e os tratados. No entanto tal citação não segue o pensamento dualista nem de Anzilotti muito menos de Triepel. O Ministro ao concluir seu voto, concede primazia à norma posterior. No entanto, afirma que Convenção de Genebra, garante no direito interno de cada Estado contratante “[...] a vigência da regra tributária incidente nas letras e nas promissórias, e, por isto, o DI. 427-69 não se acha incompatibilizado com ela, senão que em harmonia com uma de suas cláusulas especialmente redigida para exprimir a reserva.”⁴³.

O Ministro Thompson Flores em um breve voto filia-se à regra de que a lei e o tratado são equivalentes por falta de norma constitucional que diga o contrário. Sendo assim, um pode revogar o outro.⁴⁴ Também se afasta da teoria de Triepel, pois tratado e norma interna emanam de fontes diversas e assim não se equiparam e nem revogam uma à outra.

Ao analisar a fundamentação teórica dos Excelentíssimos Ministros do STF, percebe-se a falta de clareza que os mesmos possuem a respeito da teoria dualista, especialmente no que provem de Triepel. As referências ao dualismo são utilizadas de maneira distorcida para afirmar suas posições sem perceber o conjunto da teoria do autor. Infelizmente ainda hoje são o STF ou o STJ, dependendo da matéria, os responsáveis em determinar a vigência de um tratado quando o mesmo entra em conflito com a norma interna, com exceção dos tratados de Direitos Humanos que receberam *status* de norma constitucional pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Na opinião de Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros,

O silêncio da Constituição brasileira sobre a matéria favoreceu interpretação jurisprudencial de que os tratados recepcionados na ordem jurídica interna têm hierarquia idêntica à da legislação infraconstitucional, submetidos, por conseguinte, ao princípio da *Lex posterior derogat priori*.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p.1013.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. p.1019.

Essa interpretação, consubstanciada no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do recurso extraordinário nº 80.004, de 1977, tem causado dificuldades para a inserção do Brasil no cenário internacional contemporâneo.

A Constituição precisa ser emendada para dispor que os tratados internacionais de que o Brasil seja parte integram o ordenamento jurídico pátrio e suas normas prevalecem sobre as leis.⁴⁵

O autor observa o dualismo quando menciona a omissão do ordenamento jurídico interno brasileiro ao não primar pela aplicação dos tratados, comprometendo o Brasil nas relações internacionais.

O sistema brasileiro de recepção dos tratados condiz perfeitamente com o dualismo de Triepel, no entanto a falta de normas internas que disponham sobre a hierarquia das fontes delega à jurisprudência o papel de determinar qual a lei deverá prevalecer no caso de haver o conflito de fontes. Quando uma lei interna revoga um compromisso internacional pode-se dizer que o Estado é internacionalmente responsável pelos atos praticados por seus órgãos internos. O meio correto de se desvincular de um tratado é pela denúncia e não pela revogação interna da norma internacional.

Considerações Finais

A teoria dualista de Triepel, embora tenha surgido no século passado, permanece atual até os dias de hoje e é referência na maioria da doutrina de Direito Internacional, tanto público quanto privado. No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro precisa definir a que teoria se filia, monismo ou dualismo, e a qual norma dará primazia. De nada resolve deixar ao encargo da jurisprudência

⁴⁵ MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. Atualização do Direito dos Tratados. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. (Org.). **Desafio do direito internacional contemporâneo**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2007. p.205.

decisão tão importante que abrange os atos praticados pelo Estado brasileiro na sociedade internacional. Conceder, ao judiciário, o poder de decidir se um compromisso internacional assinado pelo Estado tem ou não validade é demonstrar aos demais Estados a falta de segurança jurídica interna do nosso ordenamento .

Referências Bibliográficas

ANZILOTTI, Dionisio. **Il diritto Internazionale nei giudizi interni**. Bolonha: Ditta Nicola Zanichelli, 1905.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 22 ago 2009.

BRASIL. **Constituição Federal de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 22 ago 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 80.004-SE**.

Relator:

Ministro Xavier de Albuquerque. Brasília, DF, 1 de jun. de 1977. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 ago 2009.

CASTRO, Amilcar. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. Atualização do Direito dos Tratados. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de, (Org.). **Desafio do direito internacional contemporâneo**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2007. p.133-206.

KOSKENNIEME, Marttti. **O Discreto Civilizador de Nações – O Auge e a Caída do Direito Internacional 1870-1960**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2005.

ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Trad. de Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Boiteux, 2007.

TRIEPEL, Henrich. **Diritto Interno e Diritto Internazionale**. Torino, 1913.

STRENGER, Irineu. **Teoria geral do direito internacional privado**. São Paulo: Bushatsky, 1973.

ZICCARDI, Piero. **La consuetudine internazionale nella teoria delle fonti giuridiche**. Milano: Giuffrè, 1960.

_____. **Diritto Internazionale in Generale**. Milano: Giuffrè, 1964.