



SENADO FEDERAL
SECRETARIA DE DOCUMENTAÇÃO E INFORMAÇÃO
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

Estudos da Integração

(6º VOLUME)

OS EFEITOS DO ARTIGO 98
DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL
E O PROCESSO DE INTEGRAÇÃO
DO MERCOSUL

Associação Brasileira de Estudos da Integração

BRASÍLIA
1994



PODER LEGISLATIVO
SENADO FEDERAL
CENTRO GRÁFICO

SENADO FEDERAL
MESA
(Biênio 1993/1994)

Presidente
HUMBERTO LUCENA

1º Vice-Presidente
CHAGAS RODRIGUES

2º Vice-Presidente
LEVY DIAS

1º Secretário
JÚLIO CAMPOS

2º Secretário
NABOR JÚNIOR

3º Secretário
JÚNIA MARISE

4º Secretário
NELSON WEDEKIN

Suplentes de Secretário
LAVOISIER MAIA
LUCÍDIO PORTELLA
BENI VERAS
CARLOS PATROCÍNIO

Estudos da Integração

(6º VOLUME)

**OS EFEITOS DO ARTIGO 98
DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL
E O PROCESSO DE INTEGRAÇÃO
DO MERCOSUL**

FARIA CORREA CARVALHO & CIRNE LIMA
Advogados Associados



SENADO FEDERAL
SECRETARIA DE DOCUMENTAÇÃO E INFORMAÇÃO
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

Estudos da Integração

(6º VOLUME)

**OS EFEITOS DO ARTIGO 98
DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL
E O PROCESSO DE INTEGRAÇÃO
DO MERCOSUL**

CARLOS ALBERTO BRONZATTO
MÁRCIA NOLL BARBOZA

FARIA CORREA CARVALHO & CIRNE LIMA
Advogados Associados

Associação Brasileira de Estudos da Integração

BRASÍLIA — 1994

Editor e distribuidor:

Subsecretaria de Edições Técnicas
Senado Federal — Praça dos Três Poderes
Anexo 1, 22º andar
70165-900 Brasília, DF

Diretor: João Batista Soares de Sousa

CARLOS ALBERTO BRONZATTO

Membro fundador da Associação Brasileira de Estudos da Integração, Professor de Direito Internacional na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Advogado em Porto Alegre.

MÁRCIA NOLL BARBOZA

Membro fundador da Associação Brasileira de Estudos da Integração, Professora de Direito Internacional na Universidade do Vale dos Sinos, Advogada em Porto Alegre.

Composição e impressão:

Centro Gráfico do Senado Federal

ISBN: 85-7018-106-X

Bronzatto, Carlos Alberto.

Os efeitos do artigo 98 do Código Tributário Nacional e o processo de integração do Mercosul/ Carlos Alberto Bronzatto, Márcia Noll Barbosa. — Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas; Porto Alegre: Associação Brasileira de Estudos da Integração, 1994.

102 p. (Estudos da integração; v. 6)

1. Integração econômica — Países do Cone Sul. 2. Tributação — legislação — Brasil. 3. Tratado. 4. Mercado Comum do Cone Sul (Mercosul). I. Barbosa, Márcia Noll. II. Série. III. Título.

CDD 338.918

NOTA EXPLICATIVA

A Associação Brasileira de Estudos da Integração (ABEI) tem como finalidade realizar estudos sobre temas da integração latino-americana, especialmente do Cone Sul, e o estabelecimento do respectivo mercado comum.

Constituída em agosto de 1991, seus associados docentes e os associados pesquisadores iniciaram trabalhos individuais e organizaram equipes de estudo.

Os frutos dessas atividades aparecem nesta coleção de Estudos da Integração, que acolhe prazerosamente contribuições de pesquisadores nacionais e estrangeiros, pois constitui um dos objetivos da ABEI a divulgação de obras que contribuam para a solução dos complexos problemas acarretados pela integração, nova e promissora realidade em nosso continente.

Werter R. Faria
Diretor-Presidente

FARIA CORREA CARVALHO & CIRNE LIMA
Advogados Associados

SUMÁRIO

	Pág.
Introdução	8
Parte I — O artigo 98 do CTN e o ordenamento jurídico brasileiro	
Capítulo I — As normas internacionais no direito brasileiro	
1. Inserção e hierarquia das normas convencionais	10
2. A Constituição brasileira e a conclusão dos tratados internacionais	16
3. Inserção das normas convencionais e a Constituição	20
4. Hierarquia das normas convencionais e a Constituição	26
5. Disciplina da Constituição e o artigo 98 do CTN	32
6. Lei complementar no direito brasileiro	34
7. O Código Tributário Nacional como lei complementar	36
8. Da revogabilidade de lei complementar	38
9. O artigo 98 do CTN em relação à ordem constitucional	40
Capítulo II — A interpretação do artigo 98 do CTN	
1. Pressuposto de fato e preceito	42
2. Tratados, convenções e demais acordos do direito das gentes	46
3. A posição da doutrina	46
4. A terminologia da Constituição Federal	50
5. A expressão "tratados e convenções" no artigo 98 do CTN	52
6. O fim atual da norma	56
7. Na <i>occasio legis</i> a jurisprudência dominante à época	60
8. A expressão "legislação tributária"	62
9. O primado	64
Parte II — O artigo 98 do CTN e o Mercosul	
Capítulo I — O processo de integração no Cone Sul	
1. Dados históricos	68
2. Os acordos em vigor	72
Capítulo II — Os efeitos dos acordos	
1. Aplicabilidade direta e hierarquia	
2. Os acordos regionais nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros do Mercosul	92
Conclusão	98

SUMARIO

	Pág.
Introducción	9
Parte I — El artículo 98 del CTN y el ordenamiento jurídico brasileño	
Capítulo I — Las normas internacionales en el derecho brasileño	
1. Inserción y jerarquía de las normas convencionales	11
2. La Constitución brasileña y la conclusión de los tratados internacionales	17
3. Inserción de las normas convencionales y la Constitución	21
4. Jerarquía de las normas convencionales y la Constitución	27
5. Organización de la Constitución y el artículo 98 del CTN	33
6. Ley complementar en el derecho brasileño	35
7. El Código Tributario Nacional como ley complementar	37
8. De la revocabilidad de ley complementar	39
9. El artículo 98 del CTN en relación con el orden constitucional	41
Capítulo II — La interpretación del artículo 98 del CTN	
1. Presuposición de hecho y precepto	43
2. Tratados, convenciones y demás acuerdos del derecho de gentes	47
3. La posición de la doctrina	47
4. La terminología de la Constitución Federal	51
5. La expresión "tratados y convenciones" en el artículo 98 del CTN	53
6. El fin actual de la norma	57
7. En la <i>occasio legis</i> la jurisprudencia dominante de la época	61
8. La expresión "legislación tributaria"	63
9. La primacía	65
Parte II — El artículo 98 del CTN y el Mercosur	
Capítulo I — El proceso de integración en el Cono Sur	
1. Datos históricos	69
2. Los acuerdos en vigencia	73
Capítulo II — Los efectos de los acuerdos	
1. Aplicabilidad directa y jerarquía	81
2. Los acuerdos regionales en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros del Mercosur	93
Conclusión	99

INTRODUÇÃO

“A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.”

Constituição Federal, art. 4º, parágrafo único.

A inserção, bem como a posição hierárquica das normas de direito internacional, há muito têm suscitado dificuldades. Trata-se de matéria de fundamental importância determinante, inclusive, quanto ao ritmo de desenvolvimento do direito internacional, que depende, em grande parte, da eficácia interna que lhe contempla cada ordem jurídica estatal.

Ao mesmo tempo em que o direito das gentes se expande e passa a regular as mais diversas matérias, de interesse comum a toda sociedade internacional, subsistem, ainda, fortes tendências contrárias ao aperfeiçoamento da comunidade internacional, bem ilustradas pelo maior ou menor nacionalismo jurídico existente no seio de cada nação particularmente analisada.

A aplicação, pelos órgãos nacionais, das normas internacionais de origem convencional¹ é questão cuja abordagem pressupõe o exame das relações entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional. A sede na qual se disciplina a questão em apreço é aquela do direito interno de cada país. Nos termos ditados pela ordem constitucional de cada Estado estabelecer-se-á o relacionamento dessa ordem com o direito internacional.

No direito brasileiro, faltando norma clara que defina essa relação, resta aos tribunais discipliná-la. Entretanto, nos limites do campo tributário, existe lei complementar, nomeadamente o art. 98 do Código Tributário Nacional (CTN — Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), que dispõe de forma inequívoca sobre a relação entre o direito interno e o direito convencional.

1. Não nos referimos aqui às normas costumeiras, não obstante, em casos mais restritos, seja também possível a aplicabilidade direta do costume internacional. As normas fruto de Direito dos Tratados, *in casu*, tem maior relevância prática.

INTRODUCCION

“La República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con miras a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones.”

Constitución Federal, art. 4to, párrafo único.

La inserción, así como la posición jerárquica de las normas de derecho internacional, hace mucho tiempo que han suscitado dificultades. Se trata de un tema de fundamental importancia, determinante, inclusive, en lo que respecta al ritmo de desarrollo del derecho internacional, que depende, en grande parte, de la eficacia interna que cada orden jurídico estatal le contempla.

Al mismo tiempo en que el derecho de gentes se expande y pasa a regir los más diversos temas de interés común a toda sociedad internacional, subsisten aún fuertes tendencias contrarias al perfeccionamiento de la comunidad internacional, bien ilustradas por el mayor o menor nacionalismo jurídico existente en el seno de cada nación particularmente analizada.

La aplicación, por parte de los organismos nacionales, de las normas internacionales de origen convencional¹ es un tema cuyo abordaje presupone el examen de las relaciones entre el orden jurídico interno y el orden jurídico internacional. La sede en la cual se organiza la cuestión en pauta es aquella del derecho interno de cada país. Dentro de los términos dictados por el orden constitucional de cada Estado se establecerá el relacionamiento de ese orden con el derecho internacional.

En el derecho brasileño, debido a la falta de una norma clara que defina esa relación, resta a los tribunales reglamentarla. Entretanto, dentro de los límites del campo tributario, existe una ley complementar, principalmente el artículo 98 del Código Tributario Nacional (CTN — Ley nº 5.172, del 25 de octubre de 1966), que dispone de una forma inequívoca sobre la relación

1. Nos nos referimos aquí a las normas usuales, no obstante, en casos más restrictos, es también posible la aplicabilidad directa de uso internacional. Las normas fruto de Derecho de los Tratados, *in casu*, tienen mayor relevancia práctica.

Diz o art. 98 que "os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que sobrevinha".

A especificidade desse dispositivo no âmbito da ordem jurídica brasileira e, principalmente, os efeitos que ele pode gerar no processo de integração do Mercosul motivam o presente trabalho. Assim, em um primeiro momento, procuramos examinar como se dá a relação entre o direito interno e o direito internacional no ordenamento jurídico brasileiro e como nele se insere o art. 98 do CTN (parte I); em um segundo momento, tratamos então dos efeitos dessa norma nos acordos regionais que envolvem a criação do Mercado Comum do Sul, o qual deverá ser composto pela República da Argentina, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai (parte II).

PARTE I

O artigo 98 do CTN e o ordenamento jurídico brasileiro

CAPÍTULO I

As normas internacionais no direito brasileiro

1. *Inserção e hierarquia das normas convencionais*

A maneira pela qual as convenções internacionais se inserem nas ordens nacionais é assunto cuja disciplina se verifica em face do direito constitucional de cada país.

Não existem regras de direito internacional que instituem como incorporar uma norma internacional nas ordens jurídicas nacionais. Cada Estado opta por uma ou outra forma de inserção das normas convencionais, e, na opção feita, transparecerá o grau de integração do sistema jurídico nacional com a ordem internacional.

De Estado para Estado, e dentro de um mesmo Estado, com o correr do tempo, as soluções se dividem entre a incorporação automática e a transformação. E ainda, no âmbito de cada uma dessas, podem variar os procedimentos adotados.

Aspectos procedimentais oscilam da mera publicação do ato internacionalmente celebrado à introdução de seu conteúdo, ou mesmo de parte desse conteúdo, através de um ato normativo especial somente em virtude do qual obterá força vinculatória interna.

Rui Moura Ramos distingue três sistemas básicos nos quais classifica as formas de inserção em *recepção automática plena*, *transformação* e, na justaposição das duas, *recepção semiplena*².

2. RAMOS, Rui Moura. "A Convenção Europeia dos Direitos dos Tratados", in *Revista de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria Geral da República Portuguesa*, Boletim do Ministério da Justiça, n.5. Lisboa, 1981, pp. 111 a 116.

entre el derecho interno y el derecho convencional. Dice el artículo 98 que "los tratados y las convenciones internacionales revocan o modifican la legislación tributaria interna, y serán observados por la que sobrevenga".

El carácter específico de esa disposición en el ámbito del orden jurídico brasileño y, principalmente, los efectos que él puede generar en el proceso de integración del Mercosur, motivan el presente trabajo. Así, en un primer momento, tratamos de examinar cómo se da la relación entre el derecho interno y el derecho internacional en el ordenamiento jurídico brasileño, y cómo en él se inserta el artículo 98 del CTN (parte I); en un segundo momento, tratamos entonces de los efectos de esa norma en los acuerdos regionales que envuelven la creación del Mercado Común del Sur, el cual deberá estar formado también por la República Argentina, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay (Parte II).

PARTE I

El artículo 98 del CTN y el ordenamiento jurídico brasileiro

CAPÍTULO I

Las normas internacionales en el derecho brasileño

1. *Inserción y jerarquía de las normas convencionales*

La manera por la cual las convenciones internacionales se insertan en los órdenes nacionales es un asunto cuya materia se verifica ante el derecho constitucional de cada país.

No existen reglas de derecho internacional que determinem cómo incorporar una norma internacional en el orden jurídico nacional. Cada Estado opta por una u otra forma de inserción de las normas convencionales y, en la opción hecha, se apreciará el grado de integración del sistema jurídico en el orden internacional.

De Estado para Estado, y dentro de un mismo Estado, con el correr del tiempo, las soluciones se dividen entre la incorporación automática y la transformación. Y aún, en el ámbito de cada una de esas, pueden variar los procedimientos adoptados.

Aspectos de procedimientos oscilan de la mera publicación del acto celebrado internacionalmente a la introducción de su contenido, o parte de ese contenido através de un acto normativo especial solamente en virtud del cual obtendrá fuerza vinculatoria interna.

Rui Moura Ramos distingue tres sistemas básicos en los cuales clasifica las formas de inserción: *recepção automática plena*, *transformación* y *yuxtaposición de las dos*, *recepção semiplena*².

2. RAMOS, Rui Moura. la Convención Europea de los Derechos de los Tratados, en la *Revista de Documentación y Derecho Comparado de la Procuraduría General de la República Portuguesa*, Boletín del Ministerio de Justicia, n. 5. Lisboa, 1981, pp. 111 a 116.

Segundo o sistema da recepção automática plena, bastaria que o tratado ou convenção entrasse em vigor na ordem internacional para que gerasse seus efeitos internos, com a lógica ressalva de sua publicação oficial, sem o que não atingiria os seus destinatários.

No sistema da transformação é necessário que um ato legislativo especial, uma espécie de ordem de execução, incorpore as normas de direito internacional que se pretende tenham vigência interna. Separa-se nitidamente vigência interna de vigência internacional. Opera-se, aqui, uma “verdadeira nacionalização do direito internacional”³.

A adoção do sistema da transformação reflete uma idéia de total independência entre o direito interno e o direito internacional. Assim concebidos, os sistemas jurídicos nacional e internacional giram em órbitas próprias, que não se interferem, de forma que, na falta de ato legislativo ou executivo que represente a transformação do tratado, afastada estará a aplicabilidade de seus comandos.

Nessa hipótese verificamos uma orientação dualista de se conceber as relações entre a ordem jurídica nacional e a ordem jurídica internacional. Já a recepção automática plena representa uma concepção monista, de vez que pressupõe uma interpenetração dos dois sistemas jurídicos e facilita a aplicação direta das normas internacionais, não reconhecendo, portanto, aquela tese de intangibilidade dos dois sistemas, sustentada por Heinrich Triepel e Dionísio Anzilotti.

Poderá ocorrer ainda que, num dado ordenamento interno, não se verifique a existência de uma cláusula geral de recepção, aplicável a todas as normas de origem convencional indiscriminadamente, mas, por outro lado, se observe a presença de dispositivos que possibilitem a recepção automática das normas convencionais no âmbito de determinada matéria, na especificidade da qual se entendesse possível tal recepção. Onde houver, então, esta cláusula de recepção semiplena, que no limite daquela matéria contemplada pela cláusula representa a adoção do sistema da recepção automática plena, a penetração do direito internacional dar-se-á sem mais e como tal.

Deve ser salientado, no entanto, que a opção por um ou outro sistema de inserção do direito internacional convencional poderá não constar de estipulação expressa em diploma legal nacional, sob a proteção de norma em cujo texto se esgote sua regulamentação.

Indagamos agora que posição as normas internacionais de origem convencional ocupam no escalonamento normativo de um sistema jurídico nacional. Na impossibilidade de harmonizar as disposições normativas nacionais com as normas convencionais recebidas, o aplicador da lei terá de dar primazia a uma delas.

3. RAMOS, Rui Moura. *Op. cit.*, p. 111.

Según el sistema de recepción automática plena, bastaría que el tratado o convención entrase en vigor en el orden internacional para que generase sus efectos internos, con el lógico resguardo de su publicación oficial, sin lo cual no alcanzaría a sus destinatarios.

En el sistema de la transformación es necesario que un acto legislativo especial, una especie de orden de ejecución, incorpore las normas de derecho internacional que se pretende tengan vigencia interna. Se separa nitidamente vigencia interna de vigencia internacional. Se opera, aquí, una “verdadera nacionalización del derecho internacional”³.

La adopción del sistema de la transformación refleja una idea de total independencia entre el derecho interno y el derecho internacional. Así concebidos, los sistemas jurídicos nacional e internacional giran en órbitas propias, que nos se interfieren, de forma que, ante la falta de acto legislativo o ejecutivo que represente la transformación del tratado, quedará de lado la aplicabilidad de sus mandatos.

Bajo esa hipótesis verificamos una orientación de dualidad en la concepción de las relaciones entre el orden jurídico nacional y el orden jurídico internacional. Ya la recepción automática plena representa una concepción monista, a la vez que presupone una interpenetración de los dos sistemas jurídicos y facilita la aplicación directa de las normas internacionales, no reconociendo por lo tanto aquella tesis de la intangibilidad de los dos sistemas, sustentada por Heinrich Triepel y Dionísio Anzilotti.

Podrá ocurrir asimismo que, dentro de un ordenamiento interno dado, no se verifique la existencia de una cláusula general de recepción, aplicable a todas las normas de origen convencional indiscriminadamente, pero, por otro lado, se observe la presencia de disposiciones que possibilitem la recepción automática de las normas convencionales en el ámbito de una determinada materia, siempre que dentro de su carácter específico se entendiese posible su recepción. Donde hubiere, entonces, esta cláusula de recepción semiplena, que en el límite de aquella materia contemplada por la cláusula representa la adopción del sistema de la recepción automática plena, la penetración del derecho internacional se dará sin más ni más.

Debe destacarse, sin embargo, que la opción por uno u otro sistema de inserción del derecho internacional convencional podrá no constar de la estipulación expresa en diploma legal nacional, bajo la protección de la norma en cuyo texto se agote su reglamentación.

Indagamos ahora qué posición ocupan las normas internacionales de origen convencional en el escalonamiento normativo de un sistema jurídico nacional. Ante la imposibilidad de armonizar las disposiciones normativas nacionales con las normas convencionales recibidas, el que aplica la ley tendrá que dar prioridad a una de ellas.

3. RAMOS, Rui Moura, *op. cit.*

A hierarquia que se reconhece às normas convencionais em face das fontes de direito reconhecidas por determinada ordem estatal é de grande importância, pois que "condiciona inexoravelmente a atitude dos órgãos aplicadores do direito sempre que se depararem com qualquer contradição entre as fontes internas e as de origem convencional"⁴.

Se é na ordem interna, tendo em vista a incipiência de regulamentação internacional sobre a matéria, que se decidirá quanto às formas de inserção do direito internacional, com mais razão será também no foro interno que se verificará seu *status* hierárquico.

No que concerne ao nível hierárquico ocupado pelas normas internacionais, na grande maioria dos sistemas jurídicos estatais, a Constituição a elas se sobrepõe. Às normas internacionais se concede, no máximo, uma equiparação aos dispositivos constitucionais, limitada, na mais das vezes, a certas matérias de fundamental importância tal como a proteção internacional dos direitos do homem⁵.

Há que se registrar o singular exemplo da Holanda, em cujo sistema jurídico o vértice da pirâmide normativa é destinado aos tratados internacionais, que, após aprovação pelo Parlamento, poderão em certos casos modificar preceitos constitucionais⁶.

Ressalvados os raros exemplos de alguns poucos Estados, mais sensíveis à importância das normas internacionais, ainda que no respeitante à especialidade de matérias cuja abordagem conjunta beneficiaria os cidadãos dos mais diversos países, o maior número de Estados agrupar-se-á entre os que admitem às normas internacionais pactuadas uma posição superior a de lei ordinária mas inferior à Constituição, ou entre aqueles nos quais se admite apenas uma paridade entre os tratados internacionais e a lei ordinária nacional⁷.

Após integrada na ordem interna de um dado Estado, o *status* hierárquico da norma convencional, tal como a disciplina de sua necessária inserção, será complementado, nas lacunas dos preceitos legais, com a experiência acumulada por seus órgãos nacionais quanto à aplicação e execução de seus comandos.

Ao longo dos anos, a prática diplomática, a administrativa, as manifestações da doutrina e, em especial, as decisões dos tribunais nacionais, sobretudo no que concerne aos conflitos de normas internas com os tratados internacionais, constituem traços que, na combinação com dispositivos expressos de lei, compõem o quadro das relações entre as ordens interna e internacional.

4. RAMOS, Rui Moura. *Op. cit.*, p. 129.

5. A Áustria reconhece à Convenção Europeia dos Direitos do Homem valor de lei constitucional.

6. Artigos 60 e 63 da Constituição Holandesa.

7. Estabelecem paridade entre o tratado e a lei interna as constituições da Suíça, art. 104; dos Estados Unidos da América, art. VI; do México, art. 133; da Argentina, art. 31 etc.

Estabelecem a superioridade do tratado as Constituições da França, de 1958, em seu art. 55; do Japão, art. 98; da Grécia, de 1975, em seu art. 28; da Costa Rica, art. 7º, parágrafo 1º etc.

La jerarquía que se reconoce a las normas convencionales frente a las fuentes de derecho reconocidas por determinado orden estatal, es de gran importancia puesto que "condiciona inexorablemente la actitud de los órganos aplicadores del derecho, siempre que se deparen con cualquier contradicción entre las fuentes internas y las de origen convencional"⁴.

Si es en el orden interno, teniendo en cuenta la incipiente reglamentación internacional sobre la materia, la que se decidirá de acuerdo a las formas de inserción del derecho internacional, con más razón será también en el foro interno que se verificará su *status* jerárquico.

En lo que concierne al nivel jerárquico ocupado por las normas internacionales, en la gran mayoría de los sistemas jurídicos estatales, la Constitución se sobrepone a ellas. Se concede a las normas internacionales, cuanto más, una equiparación con las disposiciones constitucionales, limitada, en la mayoría de las veces, a ciertas materias de fundamental importancia tal como la protección internacional de los derechos del hombre⁵.

Cabe destacar el singular ejemplo de Holanda, en cuyo sistema jurídico, el vértice de la pirámide normativa está destinado a los tratados internacionales, que, después de aprobados por el Parlamento, podrán en ciertos casos modificar preceptos constitucionales⁶.

Con excepción de los ejemplos raros de algunos pocos Estados, más sensibles a la importancia de las normas internacionales, inclusive en lo que respecta a la especialidad de materias cuyo abordaje conjunto beneficiaría a los ciudadanos de los más diversos países, el mayor número de Estados se agruparán entre los que admiten en las normas internacionales pactadas una posición superior a la de la ley común pero inferior a la Constitución, o entre aquellas en las cuales se admite sólo una paridad entre los tratados internacionales y la ley ordinaria nacional⁷.

Una vez integrado en el orden interno de un determinado Estado, el *status* jerárquico de la norma convencional, así como la materia necesaria para su inserción, será complementado, en las lagunas de los preceptos legales, con la experiencia acumulada por sus organismos nacionales en lo que a la aplicación y ejecución de sus mandatos se refiere.

A lo largo de los años, la práctica diplomática, la administrativa, las manifestaciones de doctrina y, en especial, las decisiones de los Tribunales nacionales, sobretudo en lo que concierne a los conflictos de normas internas con los tratados internacionales, constituyen segmentos, que combinados con las disposiciones expresas por ley, componen el cuadro de las relaciones entre los órdenes interno e internacional.

4. RAMOS, Rui Moura, *op. cit.* p. 129.

5. Austria le reconoce a la Convención Europea de los Derechos del Hombre valor de ley constitucional.

6. Artículos 60 y 63 de la Constitución holandesa.

7. Establecen paridad entre el tratado y la ley interna las Constituciones de Suiza, art. 104; de los Estados Unidos de América, art. VI; de Méjico, art. 133; de la Argentina, art. 31, etc.

Establecen la superioridad del tratado, las Constituciones de Francia, de 1958, en su art. 55; del Japón, art. 98; de Grecia, de 1975, en su art. 28; de Costa Rica, art. 7mo., párrafo 1ro, etc.

2. A Constituição brasileira e a conclusão dos tratados internacionais

Os dispositivos relativos às normas internacionais encontráveis nos diplomas legais de cada país, notadamente nas suas constituições, fornecem importantes subsídios para se compreender como, em determinada ordem jurídica nacional, se inserem e se posicionam as normas fruto de convenções internacionais. Assim, há que buscar no articulado dos textos legais toda menção relativa ao direito das gentes e, em particular, a tratados e convenções internacionais para, logo a seguir, se proceder ao exame desses dispositivos.

A Constituição Federal brasileira estabelece nitidamente a partilha do *treaty making power* entre o Legislativo e o Executivo. A representação externa do Estado brasileiro, conforme reza seu art. 84, inciso VII, cabe ao Poder Executivo. No inciso seguinte do mesmo art. 84 se estabelece a competência privativa, portanto delegável⁸, do Presidente da República para celebrar tratados, acordos e atos internacionais, sujeitando-os ao referendo do Congresso. Ao Poder Legislativo a Constituição outorga em seu art. 49, inciso I, competência exclusiva para “resolver definitivamente, sobre tratados, convenções ou atos internacionais, que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

Desse modo, o ato internacional celebrado, i.e., negociado pelo Executivo, requer, para sua validade, o referendo do Congresso, autorizando-se, assim, sua ratificação pelo Chefe de Estado⁹. Nisso se resume, em face dos preceitos de nossa Lei Maior, o processo de conclusão dos acordos internacionais, exigindo a Constituição, como formalidade única, a aprovação parlamentar dos tratados¹⁰.

Contudo, não há de ter passado despercebido aos olhos mais atentos o disposto na parte segunda do inciso I do art. 49: “...que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”. Estaria a exigência de referendo do Legislativo a aplicar-se, sem exceção, a todos os atos internacionais? Da leitura do dispositivo resulta claro apenas que nenhum ato que acarrete encargo ou compromisso gravoso ao patrimônio nacional poderá deixar de ser apreciado pelo Congresso Nacional.

8. Na distinção que Afonso Arinos estabelece entre competência privativa e competência exclusiva, a privativa não afasta a colaboração de um outro poder na realização do ato. Afonso Arinos apud Cachapuz de Medeiros in *O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais*, p. 78.

9. Como bem observa Cachapuz de Medeiros, “os Parlamentos não ratificam os tratados, somente os examinam, autorizando ou não o Poder Executivo a comprometer o Estado. A ratificação, por conseguinte, é ato privativo do Chefe do Executivo...” in *O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais*, L&PM Editores, Porto Alegre, 1983, p. 133.

10. Fala-se aqui em exigências constitucionais, previstas pela letra da Constituição. Não nos referimos ao procedimento adotado na prática: envio do projeto de Acordo Internacional, acompanhado de Mensagem Presidencial e Exposição de Motivos do Ministério das Relações Exteriores, decreto legislativo de aprovação pelo Congresso, decreto do Executivo e publicação. Tal procedimento nunca constou dos textos constitucionais e nem seria cabível. No entanto, é de se salientar que tal procedimento permanece praticamente inalterado ao longo de nossa história republicana.

2. La Constitución brasileña y la conclusión de los tratados internacionales

Las disposiciones relacionadas con las normas internacionales que se encuentran en los diplomas legales de cada país, especialmente en sus constituciones, ofrecen importantes auxilios para comprender cómo, en determinado orden jurídico nacional, se colocan las normas fruto de convenciones internacionales. Por lo tanto, hay que buscar en los artículos de los textos legales toda mención relativa al derecho de gentes y, en particular, a tratados y convenciones internacionales, para, en seguida, proceder al examen de esas disposiciones.

La Constitución Federal brasileña establece nítidamente la distribución del *treaty making power* entre el Legislativo y el Ejecutivo. La representación externa del Estado brasileño, de conformidad con su artículo 84, inciso VII, cabe al Poder Ejecutivo. En el inciso siguiente del mismo artículo 84 se establece la atribución privativa, por lo tanto delegable⁸, del Presidente de la República para celebrar tratados, acuerdos y actos internacionales, sujetándose a la refrendación del Congreso. La Constitución otorga al Poder Legislativo en su artículo 49, inciso I, atribución exclusiva para “resolver definitivamente sobre tratados, convenciones o actos internacionales que acarreen obligaciones o compromisos gravosos al patrimonio nacional”.

De ese modo, el acto internacional celebrado, i.e., negociado por el Ejecutivo, requiere para su validez, ser refrendado por el Congreso, autorizándose, así, su ratificación por el Jefe de Estado⁹. A esto se resume, ante los preceptos de nuestra Ley Mayor, el proceso de conclusión de los acuerdos internacionales, exigiendo la Constitución, como formalidad única, la aprobación parlamentaria de los tratados¹⁰.

Con todo, no ha de haber pasado inadvertido a los ojos más atentos, lo dispuesto en la segunda parte del inciso I del artículo 49: “... que acarreen obligaciones o compromisos gravosos al patrimonio nacional”. Estaría la exigencia de la refrendación del Legislativo para ser aplicada, sin excepción, a todos los actos internacionales? De la lectura de la disposición resulta claro que ningún acto que origine obligaciones o compromiso gravoso al patrimonio nacional podrá dejar de ser considerado por el Congreso Nacional.

8. En la distinción que Afonso Arinos establece entre atribución privativa y atribución exclusiva la privativa no excluye la colaboración de otro poder en la realización del acto. Afonso Arinos apud Cachapuz de Medeiros in *El Poder Legislativo y los Tratados Internacionales*, p. 78.

9. Como bien observa Cachapuz de Medeiros, “los Parlamentos no ratifican los tratados, solamente los examinan, autorizando o no al Poder Ejecutivo a comprometer al Estado. La ratificación, por conseguinte, es acto privativo del jefe del Ejecutivo...” in *El Poder Legislativo y los Tratados Internacionales*, L&PM Editores, Porto Alegre, 1983, p. 133.

10. Se habla aquí en exigencias constitucionales, previstas por la letra de la Constitución. No nos referimos al procedimiento adoptado en la práctica: envío del proyecto de Acuerdo Internacional, acompañado de Mensaje Presidencial y Exposición de Motivos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Decreto Legislativo de aprobación por el Congreso, Decreto de Ejecutivo y publicación. Tal procedimiento nunca constó de los textos constitucionales y ni cabería. Sin embargo, cabe destacar que tal procedimiento permanece prácticamente inalterado a lo largo de nuestra historia republicana.

Critério semelhante orienta a necessidade de aprovação pelo Parlamento britânico dos atos internacionais celebrados pelo Executivo. Sempre que importarem em ônus ou restrição de direitos aos súditos do Reino, não poderão prescindir de aprovação parlamentar.

Interpretado *contrario sensu* imediatamente se afastaria a necessidade de referendo parlamentar para aqueles acordos que indiscutivelmente não acarretem encargos ou compromissos gravosos à nação. A possibilidade de delegação de competência aparece, em face do texto do art. 49, inciso I, claramente defensável.

Deve-se observar, no entanto, que o art. 84, inciso VII, impõe ao Presidente da República o dever de sujeitar qualquer ato internacional ao referendo do Legislativo. Ora, temos, por um lado, apenas a impossibilidade de se deixar de referendar alguns e, por outro lado, a necessidade de se sujeitar todos os acordos a este referendo.

Não obstante a ambigüidade que o texto constitucional apresenta, não há como escapar à conclusão de que ao Legislativo cabe decidir quais os acordos estará o Executivo autorizado por si só a concluir.

E decidirá: toda vez que aprovar tratado internacional em cujo texto se prevejam ajustes complementares, interpretativos ou quaisquer espécies de negociações posteriores, as quais seriam levadas a cabo pelos governos de cada Estado. Parte, estará o Legislativo avalizando, desde já, os atos a serem realizados posteriormente. Exclusivamente nessa hipótese, se nos detivermos ao imperativo do art. 84, poderá o Executivo deixar de submeter algum acordo internacional ao referendo do Congresso.

Acreditamos ser este entendimento o que melhor coaduna com o texto da lei e com a longa prática brasileira dos *executive agreements*. Celso D. de Albuquerque Mello opina que um dispositivo constitucional, para inviabilizar tais acordos, teria de fazê-lo expressamente através de regulamentação em sentido contrário¹¹.

Vêm ao apoio dessa tese os trabalhos preparativos à Constituição de 1988, que evidenciam a vontade de um setor dos parlamentares constituintes no sentido de disciplinar os acordos em forma simplificada. Quando da Assembleia Nacional Constituinte, a Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher propôs no art. 28 do seu anteprojeto o seguinte texto:

“Os tratados e compromissos internacionais dependem da aprovação do Congresso Nacional, excetuados os que visem simplesmente a executar, aperfeiçoar, interpretar ou prorrogar tratados preexistentes e os de natureza meramente administrativa.”

As hipóteses em que a conclusão de acordos internacionais prescindiriam da aprovação parlamentar seriam as da execução, aperfeiçoamento, interpre-

11. RODAS, João Grandino. “A Constituinte e os Tratados Internacionais”. *Revista de los Tribunales*, octubre de 1987, v. 624, pp. 43-51.

Criterio semejante orienta la necesidad de aprobación por el Parlamento británico de los actos internacionales celebrados por el Ejecutivo. Siempre que impliquen gravamen o restricción de derechos a los súbditos del Reino, no podrían prescindir de aprobación parlamentaria.

Interpretado *contrario sensu* inmediatamente se excluiría la necesidad de refrendación parlamentaria para aquellos acuerdos que indiscutiblemente no acarreen obligaciones o compromisos gravosos para la Nación. La posibilidad de delegación de atribuciones aparece, ante el texto del artículo 49, inciso I, claramente defensible.

Se debe observar, sin embargo, que el artículo 84, inciso VII, impone al Presidente de la República el deber de sujetar cualquier acto internacional a la refrendación del Legislativo. Así tenemos, por un lado, solamente la imposibilidad de dejarse de referendar algunos y, por otro lado, la necesidad de sujetar todos los acuerdos a esta refrendación.

No obstante la ambigüedad que el texto constitucional presenta, no hay como escapar a la conclusión de que al Legislativo le cabe decidir qué acuerdos estará el Ejecutivo autorizado por sí sólo a concluir.

Y decidirá. Siempre que sean aprobados tratados internacionales en cuyo texto se prevean ajustes complementares, interpretativos o cualquier especie de negociaciones posteriores, las cuales serían llevadas a cabo por los gobiernos de cada Estado. Parte, estará el Legislativo avalando, desde ya, los actos a ser realizados posteriormente. Exclusivamente bajo esta hipótesis, si nos ajustamos al imperativo del artículo 84, podrá el Ejecutivo dejar de someter cualquier acuerdo internacional a la refrenda del Congreso.

Creemos que este entendimiento es el que mejor coaduna con el texto de la ley y con la larga práctica brasileña de los *executive agreements*. Celso D. de Albuquerque Mello opina que una disposición constitucional, para inviabilizar tales acuerdos, tendría que hacerlo expresamente a través de una reglamentación en sentido contrario¹¹.

Sirven como apoyo de esta tesis los trabajos preparativos a la Constitución de 1988, que evidencian la voluntad de un sector de los parlamentares constituyentes en el sentido de reglamentar los acuerdos en forma simplificada. Durante la Asamblea Nacional Constituyente, la Comisión de Soberanía y de los Derechos y Garantías del Hombre y de la Mujer propuso en el artículo 28 de su anteproyecto el siguiente texto:

“Los tratados y compromisos internacionales dependen de la aprobación del Congreso Nacional, exceptuados los que tiendan simplemente a ejecutar, perfeccionar, interpretar o prorrogar tratados preexistentes y los de naturaleza meramente administrativa.”

Las hipótesis en que la conclusión de acuerdos internacionales prescindirían de la aprobación parlamentaria serían las de la ejecución, perfecciona-

11. RODAS, João Grandino. “La constituyente y los Tratados Internacionales”. *Revista de los Tribunales*, octubre de 1987, vol. 624, pp. 43-51.

tação ou prorrogação de tratados já existentes. Seguiu-se ao texto acima transcrito, no parágrafo primeiro do mesmo artigo 28 do anteprojeto dessa Comissão, a obrigação de se levar ao conhecimento do Congresso Nacional todos os acordos que assim fossem concluídos, num prazo máximo de 30 dias.

Embora a proposição da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher tenha sido integralmente transposta para o anteprojeto de Constituição da Comissão de Sistematização (art. 12 e seu parágrafo único), na seqüência dos trabalhos constituintes o texto não foi adotado. É lamentável que se tenha relegado a oportunidade de se estabelecer uma disciplina clara dos acordos em forma simplificada. Tal oportunidade foi propiciada no elenco de hipóteses transpostas para o artigo 12 e parágrafo do anteprojeto da Comissão de Sistematização que, aliadas ao critério da impossibilidade de que tais acordos onerem o patrimônio nacional, consistiriam em um bom equacionamento para a questão. Ter-se-ia, então, posto fim a um debate que há muito suscita controvérsias em nossa doutrina¹².

A intenção de promover um detalhado regramento das situações em que se aceitariam os acordos do Executivo pela Assembléia Nacional Constituinte existiu, e não haveria como negá-la. Verdade que, em face do texto final da Carta, a vontade de estabelecê-los inquestionável e detalhadamente logrou pouco êxito, mas a vontade de excluí-los inapelavelmente logrou êxito nenhum. Sendo a Constituição brasileira um diploma jovem, há que se esperar o devido desenvolvimento da prática convencional que deverá confirmar, no todo ou em parte, o entendimento aqui perfilhado.

3. *Inserção das normas convencionais e a Constituição*

Vista a possibilidade, frente aos dispositivos constitucionais pertinentes, da realização dos acordos em forma simplificada, consideramos agora, em face da exigência constitucional do referendo parlamentar, regra cujas exceções são estabelecidas no âmbito particular de cada tratado, como vimos, se a apreciação pelo Congresso não estaria a instituir uma transformação das normas internacionais.

Expusemos anteriormente que o sistema da transformação representa uma concepção dualista das relações entre os sistemas jurídicos nacional e internacional. Já a recepção automática plena se adapta melhor à teoria de H. Kelsen e A. Verdross, que na sua forma pura advoga a existência de um só sistema, em cujo vértice da pirâmide normativa se situam as normas de direito das gentes.

Jiménez de Aréchaga, ao analisar a questão no contexto do direito constitucional uruguaio, demonstra que em seu país optou-se pela recepção automá-

miento, interpretación o prórrogación de tratados ya existentes. Sigue al texto arriba transcripto, en el párrafo primero del mismo artículo 28 del anteproyecto de esa Comisión, la obligación de llevarse a conocimiento del Congreso Nacional todos los acuerdos que así fuesen concluídos, en un plazo máximo de 30 días.

A pesar de que la propuesta de la Comisión de la Soberanía y de los Derechos y Garantías del Hombre y de la Mujer hayan sido integralmente transpuestas al Anteproyecto de Constitución de la Comisión de Sistematización (artículo 12 y su párrafo único), en la secuencia de los trabajos constituyentes el texto no fue adoptado. Es lamentable que se haya relegado la oportunidad de establecerse una organización clara de los acuerdos en forma simplificada. Tal oportunidad fue propiciada en el conjunto de hipótesis transpuestas para el artículo 12 y párrafo del Anteproyecto de la Comisión de Sistematización que, aliadas al criterio de la imposibilidad de que tales acuerdos incluyan gravamen al patrimonio nacional, resultarían en un buen planteamiento de la cuestión. Se habría entonces puesto fin a un debate que hace mucho suscita controversias en nuestra doctrina¹².

La intención de promocionar un detallado reglamento de las situaciones en que se aceptarían los acuerdos del Ejecutivo por la Asamblea Nacional Constituyente, existió, y no habría como negarlo. Verdad es que, ante el texto final de la Carta, la voluntad de establecerlos incuestionable y detalladamente logró poco éxito, pero la voluntad de excluirlos inapelablemente no logró ningún éxito. Siendo la Constitución brasileña de elaboración reciente, es necesario esperar el debido desarrollo de la práctica convencional que deberá confirmar, en su totalidad o en parte, el entendimiento aquí perfilado.

3. *Inserción de las normas convencionales y la Constitución*

Ante la posibilidad, debida a las disposiciones constitucionales pertinentes, de realizar acuerdos en forma simplificada, consideramos ahora, frente a la exigencia constitucional de la refrendación parlamentar, una regla cuyas excepciones son establecidas en el ámbito particular de cada tratado — según ya vimos — siempre que la apreciación por parte del Congreso no tienda a instituir una transformación en las normas internacionales.

Hemos expuesto, anteriormente, que el sistema de la transformación representa una concepción de dualidad en las relaciones entre los sistemas jurídicos nacional e internacional. Ya la recepción automática plena se adapta mejor a la teoría de H. Kelsen y A. Verdross, que en su forma pura, aboga la existencia de un sólo sistema, en el vértice de cuya pirámide normativa se sitúan las normas de derecho de gentes.

Jiménez de Aréchaga, al analizar la cuestión en el contexto del derecho constitucional uruguayo, demuestra que en su país se optó por la recepción

12. No início da década de 50, a questão da possibilidade da conclusão dos acordos do Executivo sob a vigência da Carta de 1946 envolveu polêmico debate entre Haroldo Valadão e Hildebrando Accioly. Publicadas as argumentações nos boletins da Sociedade Brasileira de Direito Internacional.

12. En el comienzo de la década del 50 la cuestión de la posibilidad de la conclusión de los acuerdos del Ejecutivo dentro de la vigencia de la Carta de 1946 envolvió polémico debate entre Haroldo Valadão y Hildebrando Accioly. Publicadas las argumentaciones en los boletines de la Sociedad Brasileña de Derecho Internacional.

tica das normas internacionais¹³. Note-se que, no Uruguai, a ratificação pressupõe uma lei de aprovação pelo Parlamento, do que se infere que a exigência de aprovação parlamentar não resulta, por si só, no sistema da transformação. Seria assim a possibilidade de se aplicar o direito internacional em virtude de sua vigência como tal, o que caracterizaria, em sua opinião, a recepção automática.

Referindo-se ao Uruguai, o autor explica que se há consagrado, no que diz respeito à inserção das normas internacionais, a posição monista¹⁴, dando-se aplicabilidade direta às disposições convencionais para tanto suscetíveis.

No que se refere ao sistema brasileiro, tampouco vemos na exigência constitucional do referendo parlamentar fundamento para apoiar a posição dualista da transformação¹⁵. Afirmar que o ato internacionalmente negociado pelo Executivo será revalidado ou reeditado pelo simples fato de submetê-lo ao referendo congressual é dizer que se está a criar direito novo, o que não procede.

A partilha do poder de concluir tratados, nos termos em que foi instituída pela Carta Constitucional brasileira, não significa uma “nacionalização” das normas convencionais, pois o Parlamento não atua propriamente como órgão legislante. Apenas examina, para aprovar ou rejeitar, ato internacional, já existente, que com sua aquiescência será válido. Em regra, após aprovação pelo Legislativo, o ato internacional entrará para o plano da validade.

Reconduzir um ato internacional aos órgãos nacionais de criação do direito não implica necessariamente a transformação de seu conteúdo; este não é diluído em diploma legal nacional. Tramita o projeto de ato internacional em ambas as Casas Legislativas, acompanhado de Mensagem Presidencial e Exposição de Motivos do Ministério das Relações Exteriores, sem que nada de materialmente novo nele se introduza, nos mesmos termos e condições negociados pelo Executivo.

A eficácia que lhe contemplará o Executivo com a ratificação e publicação pressupõe o referendo congressual. Este representa não mais que uma parcela na manifestação de vontade do Estado em se vincular definitivamente a um acordo internacional, a qual se completa com o depósito do instrumento de ratificação junto a chancelaria estrangeira ou organização internacional.

13. ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de. “La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Costa Rica, Enero/Junio, 1988, p. 27.

14. No trabalho aludido na nota anterior, o autor alerta ainda para o uso indiscriminado que se faz da dicotomia monismo/dualismo.

15. Em contra, Amílcar de Castro, *Derecho Internacional Privado*, v. I, p. 126.

automática de las normas internacionales¹³. Debe notarse que, en Uruguay, la ratificación presupone una ley de aprobación por el Parlamento, de lo que se deduce que la exigencia de aprobación parlamentar no resulta, por sí sola, en el sistema de la transformación. Sería así la posibilidad de aplicarse el derecho internacional en virtud de su vigencia como tal, lo que caracterizaría, en su opinión, la aceptación automática.

Refiriéndose a Uruguay, el autor explica que se ha consagrado, en lo que respecta a inserción de las normas internacionales, la posición monista¹⁴ dándose aplicabilidad directa a las disposiciones convencionales para tanto susceptibles.

En lo que se refiere al sistema brasileño, tampoco vemos en la exigencia constitucional de la refrendación parlamentar fundamento para apoyar la posición de dualidad de la transformación¹⁵. Afirmar que el acto internacionalmente negociado por el Ejecutivo será revalidado o reeditado por el simple hecho de someterlo a la refrendación congresal, es decir, que se esta por crear un derecho nuevo, a lo que no se procederá.

La división del poder de concluir tratados, dentro de los términos en que fue instituido por la Carta Constitucional brasileña no significa una “nacionalización” de las normas convencionales, pues el Parlamento no actúa propiamente como órgano legislador. Unicamente examina, para aprobar o rechazar, el acto internacional ya existente, que con su aquiescencia será válido. En verdad, después de la aprobación por parte del Legislativo, el acto internacional entrará en el plano de la validez.

Reconducir un acto internacional hacia los organismos nacionales de creación del derecho no significa necesariamente una transformación de su contenido; éste no está reducido a diploma legal nacional. Tramita el proyecto de acto internacional en ambas Casas Legislativas, acompañado de Mensaje Presidencial y Exposición de Motivos del Ministerio de Relaciones Exteriores, sin que nada de materialmente nuevo en él se introduzca, dentro de los mismos términos y condiciones negociados por el Ejecutivo.

La eficacia que el Ejecutivo le contemplará con la ratificación y publicación presupone ser refrendado por el Congreso. Este representa nada más que una parcela en la manifestación de la voluntad del Estado en vincularse definitivamente a un acuerdo internacional, la cual se completa con el depósito del instrumento de ratificación ante la Chancillería extranjera u organización internacional.

13. ARECHAGA, Eduardo Jiménez de. “La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho interno”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Costa Rica, Enero/Junio, 1988, p. 27.

14. En el trabajo aludido en la nota anterior el autor alerta inclusive sobre el uso indiscriminado que se hace de la dicotomía monismo/dualidad.

15. En contra, Amílcar de Castro, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, p. 126.

Sem o referendo parlamentar poderemos estar diante do que se chama ratificação imperfeita¹⁶, situação sujeita a nulidade conforme previsto no artigo 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Apesar de verificarmos certo grau de formalismo¹⁷ no comprometimento externo brasileiro, tal fenômeno não se posta de forma a impedir que o direito internacional pactuado como tal viva em nossa ordem jurídica.

No Brasil, assim como em outros sistemas nacionais, “a exigência de aprovação é mais condição de validade do ato na ordem internacional do que condição de vigência na ordem interna”¹⁸. No direito brasileiro, comenta Rezek, “os tratados vigem com sua roupagem original de tratados, e nessa qualidade e sob exato título, revogam direito anterior de produção interna”¹⁹.

Os particulares, em nosso sistema jurídico, podem ser diretamente alcançados pelos dispositivos convencionais. Nem haveria como negá-lo, a aplicabilidade direta das normas convencionais é decorrência lógica da nossa opção pelo sistema da recepção plena do direito internacional convencional²⁰.

Se, na ordem jurídica brasileira, os tratados vigem por sua própria e originária virtude, sem a necessidade de ato de transformação ou ordem de execução de seus dispositivos, estes, no que forem claros e precisos, alcançam imediatamente as autoridades administrativas e os particulares, da mesma forma que automaticamente revogam disposições em contrário.

Dada a nossa filiação à recepção automática plena das convenções internacionais, as mesmas vigem como normas internacionais que são em nossa ordem jurídica, impondo obrigações e concedendo direitos, assim como suspendendo a aplicação de lei anterior contrária, nos limites do nível hierárquico que lhes haja traçado nossa Constituição, o que nos vale, quanto à forma de inserção de que nos utilizamos, a qualidade de monistas.

16. Cabe frisar que o artigo 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados prevê a anulabilidade do consentimento quando houver manifesta violação de dispositivo sobre competência para concluir tratado contido em diploma legal interno de fundamental importância.

Parece duvidosa, em se tratando de nosso texto constitucional, a arguição de nulidade de todo e qualquer ato internacional concluído sem a aprovação do Parlamento.

Menos cabível seria se tal arguição se desse quanto a ato concluído em decorrência da execução de acordo anterior, este referendado, em cujo texto se previsse esta produção convencional posterior.

Dada a pouca clareza dos dispositivos relativos à conclusão dos atos internacionais, pois que não restou inquestionável, antes pelo contrário, a prática dos acordos do Executivo, é de se imaginar a dificuldade em se afirmar a manifesta violação dos preceitos constitucionais pertinentes.

17. Vide nota 10.

18. SOARES, Albino Azevedo. *Lições de Direito Internacional Público*, Coimbra Editora, 1985, p. 83.

19. REZEK, Francisco. *Direito dos Tratados*, Forense, 1984, p. 383.

20. A jurisprudência brasileira tem feito uma aplicabilidade direta das normas dos tratados e convenções.

Sin la refrendación parlamentar podremos estar delante de lo que se llama ratificación imperfecta¹⁶, situación sujeta a nulidad de conformidad con lo previsto en el artículo 46 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

A pesar de que verificamos cierto grado de formalismo¹⁷ en el compromiso externo brasileño, tal fenómeno no se coloca con el fin de impedir que el derecho internacional pactado como tal dé vigencia a nuestro orden jurídico.

En el Brasil, así como en otros sistemas nacionales, “la exigencia de aprobación es más una condición de validez del acto en el orden internacional que una condición de vigencia en el orden interno”¹⁸. En el derecho brasileño, comenta Rezek, “los tratados vigoran con sus investiduras originales de tratados, y en esa calidad y bajo ese exacto título revocan el derecho anterior de realización interna”¹⁹.

Los puntos específicos, en nuestro sistema jurídico, pueden ser directamente alcanzados por las disposiciones convencionales. Ni habría como negarlo, pues la aplicación directa de las normas convencionales es resultado lógico de nuestra opción por el sistema de recepción plena del derecho internacional convencional²⁰.

Si en el orden jurídico brasileño, los tratados vigoran por su propia y originaria virtud, sin la necesidad del acto de transformación u orden de ejecución de sus disposiciones, éstos, siempre que fueran claros y precisos, alcanzan inmediatamente a las autoridades administrativas y a los aspectos específicos, de la misma forma que automáticamente revocan disposiciones contrarias.

Dada nuestra filiación a la aceptación automática plena de las convenciones internacionales, las mismas vigoran en nuestro orden jurídico como normas internacionales que son, imponiendo obligaciones y concediendo derechos, así como suspendiendo la aplicación de la ley anterior contraria, dentro de los límites del nivel jerárquico que les haya determinado nuestra Constitución, lo que nos asigna la cualidad de monistas, en lo que respecta a la forma de inserción de la que nos valemos.

16. Cabe señalar que el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados prevé la anulación del consentimiento cuando hubiere violación expresa de disposiciones sobre atribución para concluir el tratado contenido en el diploma legal interno de fundamental importancia.

Parece dudosa, tratándose de nuestro texto constitucional, la argumentación de nulidad de todo y cualquier acto internacional concluído sin la aprobación del Parlamento.

Menos aceptable sería tal argumentación si surgiese como acto concluído resultante de la ejecución de acuerdo anterior ya referendado, en cuyo texto se previese este hecho convencional posterior.

Dada la poca claridad de las disposiciones relativas a la conclusión de los actos internacionales, y dado que la realización de los acuerdos del Ejecutivo no fue claramente cuestionada, es de imaginarse la dificultad en afirmar la manifiesta violación de los preceptos constitucionales pertinentes.

17. Vide nota 10.

18. SOARES, Albino Azevedo, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Coimbra Editora, 1985, p. 83.

19. REZEK, Francisco. *Derecho de los Tratados*, Forense, 1984, p. 383.

20. La jurisprudencia brasileña ha hecho una aplicación directa de las normas de los tratados y convenciones.

4. Hierarquia das normas convencionais e a Constituição

Ter a posição anterior sido rotulada como monista não significa dizer que nossa ordem constitucional é de todo monista. Não se exaure na inserção a problemática das relações entre as normas internacionais e o direito interno.

Apesar de evidenciarmos a consagração do sistema da recepção automática plena em diversos países, verificando-se, conseqüentemente, uma aplicação direta, não mediatizada, das normas internacionais de origem convencional, nem todos esses países apresentam o mesmo grau de sensibilidade em relação ao direito internacional. É bem verdade que, por estabelecerem uma recepção plena das normas convencionais, ainda que com variantes procedimentais²¹, merecem, no que se refere especificamente ao aspecto da inserção, o título de monistas.

No entanto, a discussão das relações entre o direito fruto de convenções internacionais e o direito de fonte doméstica é, inegavelmente, mais ampla. Há que se trazer para o exame, ainda, o fator fundamental da hierarquia que se reserva, no âmbito do direito interno brasileiro, aos compromissos internacionais e, subsidiariamente, verificar se existe um paralelismo entre vigência interna e vigência internacional²².

Todos esses fatores devem ser tomados em consideração antes de se rotular como dualista ou monista um dado sistema jurídico nacional, e, ainda assim, grande será a margem de erro, pois é possível que se adote uma posição dualista em alguns aspectos e uma orientação monista em outros.

O *status* hierárquico das normas convencionais é abordado de modo singular e por via indireta na Constituição Federal brasileira. Em seu artigo 102, inciso III, letra *b*, nossa Magna Carta dispõe sobre a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar, mediante recurso extraordinário, decisões que contrariem "tratado ou lei federal". A exata tutela que se dá à lei federal dá-se também aos tratados internacionais. Ora, se merecedores da mesma proteção que lei federal, torna-se correto inferir que gozem, no mínimo, do mesmo *status* hierárquico.

21. É mais provável que se verifique um procedimento menos formalista naqueles Estados em que existe cláusula de incorporação automática e mais formal naqueles Estados que adotam o sistema da transformação do direito internacional.

Convém frisar, entretanto, que o processo de conclusão dos tratados e demais acordos internacionais também obedecerá a procedimentos distintos conforme se trate deste ou aquele Estado, ainda que, num como em outro caso, realize, cada um deles, uma recepção automática das normas internacionais, ou seja, poderemos ter uma recepção automática, com aplicabilidade direta das normas recebidas, mediante um mecanismo de recepção mais ou menos conforme disciplinar o direito constitucional de cada país. Assim nos E.U.A os tratados internacionais apenas passam pela aprovação da Câmara Alta, ou seja, do Senado; já em outros Estados é necessário a aprovação pelas duas Câmaras. Em alguns casos bastará que, após aprovado pelo Legislativo, proceda-se a publicação, enquanto em outros deverá cumprir-se com a formalidade da promulgação, e assim por diante...

22. A relação entre vigência interna e vigência internacional será abordada quando analisarmos a norma do artigo 98 do Código Tributário Nacional.

4. Jerarquía de las normas convencionales y la Constitución

El haber sido la posición anterior rotulada de monista, no significa decir que nuestro orden constitucional es totalmente monista. No se agota en la inserción la problemática de las relaciones entre las normas internacionales y el derecho interno.

A pesar de ser evidente la consagración del sistema de la recepción automática plena en diversos países, verificándose, consecuentemente, una aplicación directa, no mediatizada, de las normas internacionales de origen convencional, no todos esos países presentan el mismo grado de sensibilidad con relación al derecho internacional. Es bien cierto que, por establecer una recepción plena de las normas convencionales, inclusive con variantes de procedimientos²¹, merecen el título de monistas, en lo que se refiere específicamente al aspecto de la inserción.

Sin embargo, la discusión de las relaciones entre el derecho fruto de convenciones internacionales y el derecho de fuente doméstica es, innegablemente, más amplia. Merece también un examen el factor fundamental de la jerarquía que se reserva, en el ámbito del derecho interno brasileño, a los compromisos internacionales y, subsidiariamente, verificar si existe un paralelismo entre vigencia interna y vigencia internacional²².

Todos esos factores deben ser tomados en consideración antes de rotular como dualista o monista un sistema jurídico nacional dado, y aún así, grande será el margen de error, pues es posible que se adopte una posición de dualidad en algunos aspectos y una orientación monista en otros.

El *status* jerárquico de las normas convencionales es abordado de modo sencillo y por vía indirecta en la Constitución Federal Brasileña. En su artículo 102, inciso III, letra *b*, nuestra Carta Magna dispone sobre la atribución del Supremo Tribunal Federal para juzgar, mediante recurso extraordinario, decisiones que contrarién "tratado o ley federal". La tutela exacta que se da a la ley federal, se da también a los tratados internacionales. Ahora bien, siendo merecedores del mismo resguardo que una ley federal, se hace posible deducir que gozan, como mínimo, del mismo *status* jerárquico.

21. Es más probable que se verifique un procedimiento menos formalista en aquellos Estados en que existe cláusula de incorporación automática y más formal en aquellos Estados que adoptan el sistema de transformación del derecho internacional.

Conviene señalar, entretanto, que el proceso de conclusión de los tratados y demás acuerdos internacionales también obedecerá a procedimientos distintos según se trate de éste o de aquel Estado, incluso que, en uno y otro caso, realice cada uno de ellos, una recepción automática de las normas internacionales, o sea, podremos tener una recepción automática, con aplicabilidad directa de las normas recibidas, mediante un mecanismo de recepción más o menos de acuerdo con la organización del derecho constitucional de cada país.

Así en los E.U.A. los tratados internacionales únicamente pasan por la aprobación de la Cámara Alta, o sea del Senado, mientras que en otros Estados es necesaria la aprobación por parte de las dos Cámaras. En algunos casos bastará que, una vez aprobado por el Legislativo, se proceda a su publicación, mientras que en otros deberá cumplirse con la formalidad de la promulgación y así por delante...

22. La relación entre vigencia interna y vigencia internacional será abordada cuando analicemos la norma del artículo 98 del Código Tributario Nacional.

Nesse aspecto, nosso sistema constitucional estaria agrupado junto aos sistemas menos obsequiosos quanto ao direito internacional, que admitem apenas uma paridade entre as normas convencionais e a legislação comum estatal. A peculiaridade brasileira residiria apenas no fato de que, em se tratando o Brasil de uma federação, ao estabelecer paridade com a lei federal está-lhe reservando, automaticamente, uma posição superior à legislação ordinária das outras esferas de governo.

Assim as leis ordinárias estaduais e municipais deverão de respeitar o disposto nos tratados internacionais, ou estarão incorrendo em inconstitucionalidade, por ferirem norma que coloca aqueles textos convencionais em igualdade com a Lei Federal. Já na eventualidade de conflito entre tratado e lei federal posterior, passaria a operar, em virtude da não-proeminência do tratado, o princípio *lex posterior derogat priori*.

Num conflito de leis, o juiz nacional ao negar aplicação a um tratado por superveniência de legislação nacional contrária estará ensejando um ilícito internacional, pois o Estado continua obrigado perante o compromisso assumido no plano do direito das gentes. A edição de lei nacional contrária não o exime de sua obrigação internacional²³. Sabe-se que o caráter obrigatório do direito internacional repousa, principalmente, no fato de que ele é imprescindível à realização do “bem comum” da sociedade internacional, sobrepondo-se, assim, aos Estados, cuja convivência harmônica e ordenada dele depende²⁴.

Lembra-nos Aréchaga que o Estado continuará obrigado a cumprir com seus deveres convencionais de alguma outra forma, que o ato legislativo em confronto com o direito internacional é equivalente a qualquer outra violação do direito das gentes, originando a responsabilidade internacional do Estado, a qual poderá ser argüida perante os tribunais internacionais.

Sob a óptica do artigo 102, inciso III, letra b, parece pacífico, à primeira vista, que a superveniência de lei nacional contrária acionaria o princípio *lex posterior derogat priori*; entretanto, há que se ter em mente que tratado e lei ordinária federal são expressões de direito distintas. A revogabilidade só se dá entre expressões da mesma espécie.

Anda nesse sentido o esclarecimento que perfaz o voto de Leitão de Abreu relativo ao RE 80.004 julgado pelo Supremo Tribunal Federal entre 1975 e 1977. Ao analisar o conflito entre tratado e lei federal, ainda sob o prisma da Ordem constitucional de 1969, preleciona: a lei posterior, em tal caso, não revoga em sentido técnico o tratado, senão que lhe afasta a aplicação. A diferença está em que, se a lei revogasse o tratado, este não voltaria a aplicar-se, na parte revogada, pela revogação pura e simples da lei dita revogatória. Mas como, a meu juízo, a lei não o revoga, mas simples-

23. Aréchaga. *Op. Cit.*, p. 28.

24. MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1967, p. 56.

En este aspecto, nuestro sistema constitucional estaría agrupado junto con los sistemas menos benevolentes en lo que se refiere a derecho internacional, que admiten sólo una paridad entre las normas convencionales y la legislación común estatal. La peculiaridad brasileña residiría únicamente en el hecho de que, tratándose el Brasil de una federación, al establecer paridad con la ley federal le está reservando, automáticamente, una posición superior a la legislación ordinaria de las otras esferas del gobierno.

Por lo tanto las leyes ordinarias estatales y municipales habrán de respetar lo dispuesto por los tratados internacionales, o estarán incurriendo en inconstitucionalidad, por herir la norma que coloca aquellos textos convencionales en igualdad con la ley federal. En la eventualidad de conflicto entre tratado y ley federal posterior, pasaría a operar, en virtud de la no preeminencia del tratado, el principio *lex posterior derogat priori*.

En un conflicto de leyes, el juez nacional al negar aplicación a un tratado por superveniencia de legislación nacional contraria, estará ocasionando un acto ilícito internacional, pues el Estado continúa obligado ante el compromiso asumido en el plano de derecho del individuo. La edición de ley nacional contraria no lo exime de su obligación internacional²³. Se sabe que el carácter obligatorio del derecho internacional descansa, principalmente, en el hecho de que él es imprescindible para la realización del “bien común” de la sociedad internacional, sobreponiéndose, así, a los Estados, cuya convivencia armónica y ordenada depende de él²⁴.

Aréchaga nos recuerda que el Estado continuará obligado a cumplir con sus deberes convencionales de alguna otra forma, que el acto legislativo en confrontación con el derecho internacional es equivalente a cualquier otra violación del derecho de gentes, originando la responsabilidad internacional del Estado, la cual podrá ser argumentada ante los Tribunales internacionales.

Bajo la óptica del artículo 102, inciso III, letra b, parece aceptable, a primera vista, que la superveniencia de ley nacional contraria acionaría el principio *lex posteriori derogat priori*, pero hay que tener en mente que tratado y ley ordinaria federal son expresiones de derecho distintas. La revocabilidad solamente se da entre expresiones de la misma especie.

Guarda ese sentido la aclaración manifiesta en la opinión de Leitão de Abreu relativa al RE 80.004 juzgado por el Supremo Tribunal Federal entre 1975 y 1977. Al analizar el conflicto entre tratado y ley federal, inclusive bajo el prisma del orden constitucional de 1969, discurre: “... la ley posterior, en tal caso no revoca en el sentido técnico, el tratado, sino que aleja su aplicación. La diferencia está en que, si la ley revocase el tratado, éste no volvería a aplicarse en la parte revocada, por la revocación pura y simple de la ley llamada revocatoria, pero como, a mi juicio, la ley no lo revoca,

23. Aréchaga. *Op. cit* p. 28

24. MELLO Celso D. Albuquerque. *Curso de Derecho Internacional Público*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1967, p. 56.

mente afasta, enquanto em vigor, as normas do tratado com ela incompatíveis, voltará ele a aplicar-se, se revogada a lei que impediu a aplicação das prescrições nele consubstanciadas²⁵.

Será no âmbito do direito interno de cada país que se decidirá quanto à posição ocupada pelas normas internacionais. O respeito aos compromissos assumidos por um Estado frente aos seus pares na sociedade internacional será maior ou menor também em virtude do nível que aos tratados se reserva no escalonamento normativo estabelecido pela respectiva ordem constitucional.

No caso brasileiro, a decisão feita claramente identifica um nacionalismo jurídico resistente, quíçá reminiscência de uma concepção absoluta de soberania que não condiz com os princípios constitucionais de uma comunidade internacional, em especial a regra *pacta sunt servanda*, e tampouco com o princípio plasmado na própria Constituição Federal, artigo 4º, parágrafo único, que aponta para a integração econômica, política, social e cultural do Brasil com os outros Estados da América Latina.

Na esteira de tal incoerência ainda há de se acrescentar que o *status* hierárquico que se confere ao direito internacional pactuado não é, de forma alguma, consentâneo com o sistema da recepção automática por nós adotado. Pouco adianta que as normas internacionais convencionais imponham imediatamente um dever ao indivíduo ou que diretamente lhe concedam direito certo e exigível se, a qualquer tempo, sua aplicabilidade pode ser afastada. É veemente, logo assim, a necessidade de os legisladores repensarem o tema para, na eventualidade de uma revisão constitucional, sanarem de vez essa deficiência, garantindo à aplicabilidade direta uma eficácia não apenas momentânea, o que poderá ser obtido com a condução dos tratados e convenções a uma posição, no mínimo, supra-ordenada àquela ocupada pela produção legislativa ordinária.

Estaríamos, assim, harmonizando nossos dispositivos constitucionais com uma orientação que, não consignando, ainda, um monismo puro, já representa um pequeno passo rumo a uma maior integração do nosso sistema jurídico com o direito das gentes. E não deixaríamos de estar, assim procedendo, em conformidade com o princípio constitucional que, no âmbito da América Latina, proclama a busca dessa integração como dever de toda a Nação.

25. O voto de Leitão de Abreu reconhece a impossibilidade de revogação das normas internacionais de origem convencional por normas internas de conteúdo incompatível, apenas aceita que elas possam "afastar" sua aplicação; como decorrência lógica o reconhecimento de que um tratado internacional só é efetivamente revogado na sede do direito internacional e nunca por produção normativa doméstica. Ainda que na prática os resultados sejam basicamente os mesmos, a esclarecimento evidencia a necessidade de se proceder a denúncia do compromisso internacionalmente pactuado, se se quer que ele não mais obrigue o Estado brasileiro, o que representaria assumir uma conduta internacional consistente.

sino simplemente aleja, mientras están en vigencia, las normas del tratado con ella incompatibles, volverá él a aplicarse, siempre que sea revocada la ley que impidió la aplicación de las prescripciones en él consubstanciadas²⁵.

Será en el ámbito del derecho interno de cada país que se decidirá en lo que concierne a posición ocupada por las normas internacionales. El respeto a los compromisos asumidos por un Estado frente a sus pares en la sociedad internacional será mayor o menor, también en virtud del nivel que a los tratados se reserva en el escalonamiento normativo establecido por el respectivo orden constitucional.

En el caso brasileño, la decisión tomada identifica claramente un nacionalismo jurídico resistente, quizás reminiscencia de una concepción absoluta de soberanía que no condice con los principios constitucionales de una comunidad internacional, en especial le regla, *pacta sunt servanda*, y tampoco con el principio plasmado en la propia Constitución Federal, artículo 4º, párrafo único, que apunta para la integración económica, política, social y cultural del Brasil con los otros Estados de América Latina.

En la presencia de tal incoherencia aún hay que agregar que el *status* jerárquico que se otorga al derecho internacional pactado, no está de ninguna manera acorde con el sistema de recepción automática que hemos adoptado. Poco significa que las normas internacionales convencionales impongan inmediatamente un deber al individuo, o que directamente le concedan derecho cierto y exigible si, en cualquier momento, su aplicación puede ser alejada. Es vehemente, así, la necesidad de que los legisladores repiensen sobre el tema para, en la eventualidad de una revisión constitucional, puedan sanar de una sola vez esa deficiencia, garantizando a la aplicabilidad directa una eficacia no sólo momentánea, lo que podrá ser obtenido con la conducción de los tratados y convenciones hacia una posición, como mínimo, supraordenada a aquella ocupada por la realización legislativa ordinaria.

Estaríamos, entonces, armonizando nuestras disposiciones constitucionales con una orientación que, aún no consignando un monismo puro, ya representa un pequeño paso rumo a una mayor integración de nuestro sistema jurídico con el derecho de gentes. Y no dejaríamos de estar, procediendo de esta forma, de acuerdo con el principio constitucional que, en el ámbito de América Latina, proclama la búsqueda de esa integración como deber de la Nación.

25. El voto de Leitão de Abreu reconoce la imposibilidad de revocación de las normas internacionales de origen convencional por normas internas de contenido incompatible, aceptando únicamente que ellas puedan "alejar" su aplicación, como resultado lógico tenemos, el reconocimiento de que un tratado internacional solamente es efectivamente revocado en la sede del derecho internacional y nunca por realización normativa doméstica.

Aunque en la práctica los resultados sean básicamente los mismos, la aclaración evidencia la necesidad de originar la denuncia del compromiso internacionalmente pactado, si se quiere que él no oblique más al Estado brasileño, lo que representaría asumir una conducta internacional consistente.

5 *Disciplina da Constituição e o artigo 98 do CTN*

A disciplina geral dos tratados internacionais, não obstante as questões que suscita, encontra-se estabelecida na Constituição Federal em seu artigo 49, inciso I; no artigo 84, incisos VII e VIII; e no artigo 102, inciso III, letra *b*; os quais, acreditamos, se devem harmonizar com o princípio-base contido no artigo 4º, parágrafo único.

Vimos que nossa Constituição estabelece a participação do Poder Legislativo na aprovação de projeto de ato internacional negociado pelo Executivo, e este, autorizado pelo referendo parlamentar, procede à sua ratificação, promulgação e publicação. Tal é o sistema de partilha do poder para criar direito internacional convencional que estatuem os artigos 49 e 84, em seus respectivos incisos I e VIII. Consideramos, também, a prática dos acordos em forma simplificada à luz dos mesmos dispositivos, quando expusemos o entendimento de que ao Legislativo caberá discricionariamente estabelecer quais tratados internacionais estaria o Executivo autorizado a desenvolver mediante essa prática.

É sabido que os dispositivos constitucionais são, em geral, pouco precisos, deixando ampla margem de complementação. No que se refere às normas fundamentais relativas às relações do direito internacional com o direito interno brasileiro, cumprirá aos órgãos nacionais de criação e aplicação do direito o detalhamento e a fixação da vontade objetiva que encerram os dispositivos constitucionais pertinentes.

Temos, então, que o artigo 102, inciso III, letra *b*, deverá ser entendido em harmonia com a norma do artigo 4º, parágrafo único, no sentido da supra-ordenação dos tratados internacionais sobre a legislação ordinária federal. Veremos, posteriormente, que a letra do dispositivo em nada obsta tal entendimento.

A base sobre a qual terá de se erguer a construção normativa e jurisprudencial é aquela do art. 4º, parágrafo único, cujo conteúdo parece-nos carregado de um sentido de supranacionalidade latino-americana, a qual pressupõe uma maior interconexão da ordem jurídica brasileira com o direito fruto de convenções internacionais, que se instrumentaliza pela aplicabilidade direta das normas internacionais e pelo reconhecimento do primado destas sobre o direito de produção doméstica.

O fato de a Constituição Federal trazer a regra geral quanto à inserção e hierarquia dos tratados e demais acordos internacionais no sistema jurídico brasileiro não exclui a possibilidade de que outro diploma legal estabeleça, para determinada matéria, um regime especial. O escalonamento normativo brasileiro, disposto no artigo 59 da Constituição Federal, oferece-nos tal possibilidade, uma vez que prevê espécies normativas infraconstitucionais de valor hierárquico superior à legislação ordinária.

É lógico que um regime especial não poderia ser instituído mediante lei ordinária comum. Faltaria o necessário posicionamento hierárquico a esse

5. *Organización de la Constitución y el artículo 98 del CTN*

La organización general de los tratados internacionales, no obstante las cuestiones que suscita, se encuentra establecida en la Constitución Federal en su artículo 49, inciso I; en el artículo 84, incisos VII y VIII; y en el artículo 102, inciso III, letra *b*; los cuales, creemos, deben armonizar con el principio base contenido en el artículo 4º, párrafo único.

Vimos que nuestra Constitución establece la participación del Poder Legislativo en la aprobación del proyecto del acto constitucional negociado por el Ejecutivo, y éste, autorizado por la refrendación parlamentaria, procede a su ratificación, promulgación y publicación. Tal es el sistema de división del poder para el derecho no internacional convencional que estatuyen los artículos 49 y 84, en sus respectivos incisos I y VIII. Consideramos, también, la práctica de los acuerdos en forma simplificada a la luz de las mismas disposiciones, cuando expusimos la opinión de que al Legislativo caberá discricionalmente establecer qué tratados internacionales estaría el Ejecutivo autorizado a desarrollar mediante esa práctica.

Es sabido que las disposiciones constitucionales son, en general, poco precisas, dejando amplio margen de complementación. En lo que se refiere a las normas fundamentales relativas a las relaciones del derecho internacional con el derecho interno brasileño, caberá a los organismos nacionales de creación y aplicación del Derecho detallar y fijar la voluntad objetiva que encierran las disposiciones constitucionales pertinentes.

Vemos, entonces, que el artículo 102, inciso III, letra *b*, deberá ser entendido en armonía con la norma del artículo 49, párrafo único, en lo que respecta al supraordenamiento de los tratados internacionales sobre la legislación ordinaria federal. Observaremos, posteriormente, que la letra de la disposición en nada obstaculiza tal entendimiento.

La base sobre la cual tendrá que erguirse la construcción normativa y jurisprudencial es aquella del artículo 4to., párrafo único, cuyo contenido nos parece cargado de un sentido de supranacionalidad latinoamericana, la cual presupone una mayor interconexión del orden jurídico brasileño con el derecho fruto de convenciones internacionales, que se instrumentaliza por la aplicabilidad directa de las normas internacionales, y por el reconocimiento de la primacía de estas sobre el derecho de realización doméstica.

El hecho de que la Constitución Federal traiga la regla general en cuanto a la inserción y jerarquía de los tratados y demás acuerdos internacionales en el sistema jurídico brasileño no excluye la posibilidad de que otra norma legal establezca, para determinada materia, un régimen especial. El escalonamiento normativo brasileño, dispuesto en el artículo 59 de la Constitución Federal, nos ofrece tal posibilidad, una vez que prevee especies normativas infraconstitucionales, de valor jerárquico superior a la legislación ordinaria.

Es lógico que un régimen especial no podría ser instituído mediante ley ordinaria común. Faltaría el necesario posicionamiento jerárquico a este

tipo normativo para restringir ou condicionar lei posterior de sua mesma espécie.

Já às leis complementares, recebidas pelo inciso II do artigo 59 da nossa Magna Carta, se atribui competência para disciplinar, de maneira detalhada e uniforme, o sistema tributário nacional, estabelecido em suas linhas mestras pela Carta Constitucional de 1988. Tendo em vista a importância da regulamentação internacional no campo da tributação, que não só altera o fluxo internacional de investimentos como pode auxiliar na eliminação das distorções do comércio internacional, nada se opõe a que lei complementar tributária, no livre uso que lhe outorga nossa Lei Maior, delibere quanto às disposições convencionais relativas à matéria tributária, de forma peculiar dedicando à questão o cuidado especial que merece.

Conseqüentemente, nos limites do direito tributário, está reservado aos tratados e demais acordos internacionais uma disciplina especial, que lhes empresta o artigo 98 do Código Tributário Nacional. Torna-se necessário, assim, antes de focalizarmos o texto do referido artigo, que ponhamos em evidência as estruturas que lhe servem de sustentação, passando em exame a espécie lei complementar no direito brasileiro, a caracterização do Código Tributário Nacional como lei complementar à Constituição e, finalmente, a revogabilidade de seus dispositivos.

6. *Lei complementar no direito brasileiro*

No Brasil, a lei complementar surgiu com a Emenda Constitucional nº 4, de 1961, que, em seu artigo 22, previu a possibilidade de se “complementar” a organização do sistema parlamentar de governo “mediante leis votadas nas duas Casas do Congresso Nacional pela maioria absoluta de seus membros”.

O traço distintivo da maioria qualificada levou em consideração a importância da questão a ser tratada — o sistema parlamentar de governo — que não poderia ser exposto ao risco de ser modificado por uma minoria que, circunstancialmente, se pudessem fazer valer.

Segue-se exigindo quórum especial para aprovação de lei complementar, e a Constituição de 1988 em diversos dispositivos determina que esta ou aquela matéria seja regulada por lei complementar²⁶. É nesses dois pontos, maioria qualificada e determinação expressa de quais matérias deverão ser contempladas nas leis complementares, que reside a diferença entre estas e a legislação ordinária comum.

A exigência de maioria absoluta para aprovação de lei complementar pretende que os representantes dos Estados, em ambas Casas Legislativas, assumam as funções de Poder nacional e não simplesmente de Poder Federal.

26. Dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 69, da seguinte forma: “As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.”

tipo normativo para restringir o condicionar la ley posterior de su misma especie.

Ya a las leyes complementares, del inciso II del artículo 59 de nuestra Carta Magna, se le da atribución para reglamentar, de manera detallada y uniforme, el sistema tributario nacional, establecido en sus líneas maestras por la Carta Constitucional de 1988. Teniendo en vista la importancia de la reglamentación internacional en el campo de la tributación, que no solamente altera el flujo internacional de inversiones sino que también puede auxiliar en la eliminación de las distorsiones del comercio internacional, nada se opone a que la ley complementar tributaria, en el libre uso que le otorga nuestra Ley Mayor, delibere sobre las disposiciones convencionales relativas a la materia tributaria, en forma peculiar dedicando a la cuestión el cuidado especial que merece.

Consecuentemente, dentro de los límites del derecho tributario, está reservado a los tratados y demás acuerdos internacionales una reglamentación especial, que les provee el artículo 98 del Código Tributario Nacional. Se hace necesario, así, antes de focalizar el texto del referido artículo, que pongamos en evidencia las estructuras que les sirven de sustentación, analizando la especie ley complementar en el derecho brasileño, la caracterización del Código Tributario Nacional como ley complementar a la Constitución y, finalmente, la revocabilidad de sus disposiciones.

6. *Ley complementar en el derecho brasileño*

En el Brasil, la ley complementar surgió con la Enmienda Constitucional nº 4, de 1961, que, en su artículo 22, previó la posibilidad de “complementarse” la reglamentación del sistema parlamentar de gobierno “mediante leyes votadas en las dos Casas del Congreso Nacional por la mayoría absoluta de sus miembros”.

El rasgo distintivo de la mayoría calificada llevó en consideración la importancia de la cuestión a ser tratada — el sistema parlamentar de gobierno — que no podría ser expuesto al riesgo de ser modificado por una minoría que, circunstancialmente, se pudiese hacer valer.

Se sigue exigiendo quórum especial para la aprobación de la ley complementar, y la Constitución de 1988 en diversas disposiciones determina que ésta o aquella materia sea reglamentada por ley complementar²⁶. Es en esos dos puntos, mayoría calificada y determinación expresa de qué materias deberán ser contempladas en las leyes complementares, que reside la diferencia entre éstas y la legislación ordinaria común.

La exigencia de mayoría absoluta para aprobación de ley complementar pretende que los representantes de los Estados en ambas Casas Legislativas, asuman las funciones de Poder de la Nación y no simplemente de Poder

26. Dispone la Constitución Federal, en su artículo 69, de la siguiente forma: “Las leyes complementares serán aprobadas por mayoría absoluta”.

Dáí o entendimento esposado por significante parte da doutrina no sentido de que a lei complementar, no ordenamento jurídico brasileiro, assume o caráter de lei nacional²⁷, endereçada ao legislador ordinário, que deverá observar as esferas estaduais, municipais, bem como na esfera federal de governo.

7. O Código Tributário Nacional como lei complementar

As leis complementares à Constituição desenvolvem os princípios básicos contidos nos dispositivos constitucionais. Foram criadas com o objetivo de resguardar certas matérias de caráter paraconstitucional contra mudanças constantes e apressadas, motivo pelo qual exigem quórum qualificado.

Numa federação onde convivem uma multiplicidade de estados e municípios é necessário que haja harmonia e estabilidade em matéria de tributação. Torna-se imprescindível uma sistematização das competências tributárias das três órbitas de poder político, bem como uma harmonização de conceitos e definições. Não cabe à Constituição pormenorizar o sistema tributário nacional, mas sim à lei complementar tributária.

O Código Tributário Nacional detalha as normas constitucionais que dispõem sobre matéria tributária, define as diferentes espécies de tributos e estabelece limites aos quais o legislador do tributo em cada órbita deverá se ater. A União, cada estado e cada município podem legislar sobre os tributos de sua competência, mas somente com base na legislação complementar que os defina, somente dentro dos limites estabelecidos em lei complementar.

O Código Tributário Nacional é uma lei complementar à Constituição. Nas palavras de Fábio Fanucchi é “a primeira das leis destinadas ao legislador ordinário”. Detalha as normas constitucionais e indica o caminho que deve ser trilhado pelo legislador ordinário²⁸.

Estabelece o artigo 146 da Constituição Federal que à “lei complementar cabe estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária”. O próprio CTN esclarece, logo no início do seu Livro Segundo, que dispõe sobre normas gerais de direito tributário. Além do que o Supremo Tribunal Federal reconheceu-lhe, à luz do artigo 18, parágrafo 1º, da Constituição de 1969, a qualidade de lei complementar (v. 105 RTJ-STF, pp. 194-200).

Afasta-se, assim, qualquer dúvida quanto à caracterização do CTN como lei complementar. A Lei nº 5.172, de 25-10-66, está devidamente recebida

27. A doutrina pretende distingui-las das demais leis, também federais pela sua gênese, pela sua fonte de produção, isto é, votadas pelo mesmo Congresso Nacional, mas que, por não disporem sobre matéria da União, são conhecidas por leis federais comuns, enquanto às leis complementares, dada a sua relevância para a Nação brasileira, caberia a denominação “leis nacionais”.

28. FANUCCHI, Fábio. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, v. 1. e., Resenha Tributária, p. 134.

Federal. De ahí el entendimiento sostenido por parte significativa de la doctrina en el sentido de que la ley complementar en el ordenamiento jurídico brasileño, asume el carácter de ley nacional²⁷, dirigida al legislador ordinario, que deberá observarla en las esferas estatales, municipales, así como en la esfera federal de gobierno.

7. El Código Tributario Nacional como ley complementar

Las leyes complementares a la Constitución desarrollan los principios básicos contenidos en las disposiciones constitucionales. Fueron creadas con el objetivo de resguardar ciertas materias de carácter paraconstitucional contra alteraciones constantes y apuradas, motivo por el cual exigen quórum calificado.

En una federación donde conviven una multiplicidad de Estados y Municipios es necesario que haya armonía y estabilidad en la materia de tributación. Se hace imprescindible una sistematización de las atribuciones tributarias de las tres órbitas de poder político, así como una armonización de conceptos y definiciones. No cabe a la Constitución pormenorizar el sistema tributario nacional, sino a la ley complementar tributaria.

El Código Tributario Nacional detalla las normas constitucionales que disponen sobre la materia tributaria, define las diferentes especies de tributos y establece límites dentro de los cuales deberá atenerse el legislador del tributo en cada órbita. La Unión, cada Estado y cada Municipio pueden legislar sobre los tributos de su competencia, pero solamente en base a la legislación complementar que los defina, y únicamente dentro de los límites establecidos en la ley complementar.

El Código Tributario Nacional es una ley complementar a la Constitución. En las palabras de Fábio Fanucchi es “la primera de las leyes destinadas al legislador ordinario”. Detalla las normas constitucionales e indica el camino que debe ser seguido por el legislador ordinario²⁸.

Establece el artículo 146 de la Constitución Federal que a la “ley complementar cabe establecer normas generales en materia de legislación tributaria”. El propio CTN aclara, en seguida en el comienzo de su Libro Segundo, que dispone sobre las normas generales de derecho tributario. Además de que el Supremo Tribunal Federal le reconoce, a la luz del artículo 18, párrafo 1º., de la Constitución de 1969, la calidad de ley complementar (v. 105 RTJ-STF, pp. 194-200).

Se aleja, de este modo, cualquier duda sobre la caracterización del CTN como ley complementar. La Ley nº 5.172, del 25-1-66, está debidamente

27. La doctrina pretende distingui-las de las demás leyes, también federales por su génesis, por su fuente de realización, es decir, votadas por el mismo Congreso Nacional, pero que, por no disponer sobre materias de interés del sistema nacional como un todo y simplemente sobre materias de interés únicamente de la economía de la Unión, son conocidas por leyes federales comunes, mientras que a las leyes complementares, dada su relevancia para la Nación brasileña les cabería la denominación de “leyes nacionales”.

28. FANUCCHI, Fábio. *Curso de Derecho Tributario Brasileño*, Vol. 1, 3ra. edición, Reseña Tributaria, p. 134.

pela atual Constituição Federal, e a esse diploma se deve a estabilidade de nosso sistema tributário, questão do interesse maior de toda a Nação.

8. Da revogabilidade de lei complementar

Na concepção de Hans Kelsen, é o ordenamento jurídico um sistema de normas juridicamente subordinadas em graus sucessivos de hierarquia. As normas jurídicas constituem uma unidade formulada em diferentes níveis, com validade decrescente, ocupando, cada qual, uma certa posição hierárquica.

No sistema de gradação da ordem jurídica brasileira, as leis complementares ocupam um nível especial. Situam-se em uma posição intermediária entre a Constituição e as leis ordinárias. Não se confundem com as emendas à Constituição, embora delas se aproximem dada a matéria sobre que versam e o quórum que exigem para sua aprovação, características que as distinguem das demais espécies normativas e reforçam sua superioridade hierárquica. Por estarem desta forma inseridas, decorre poderem incidir em inconstitucionalidade e serão nulas quando contrariarem disposições da Magna Carta.

Numa análise clara, Miguel Reale sustenta que "as leis complementares caracterizam um *tertium genus* de leis, que não ostentam a rigidez dos preceitos constitucionais nem tampouco devem comportar a revogação (perda de vigência) por força de qualquer lei ordinária superveniente"²⁹.

Ensina Carlos Maximiliano que "as expressões de direito podem ser abrogadas ou derogadas somente por outras da mesma natureza, ou de autoridade superior"³⁰.

Uma nova regra constitucional extingue dispositivos de lei complementar por ser hierarquicamente superior. Assim como a lei complementar revoga disposições de lei ordinária a ela manifestamente contrárias. Lei ordinária deve obediência à lei complementar, assim como esta se subordina à Constituição.

Há de se convir que, pela própria lógica jurídica, não seria cabível a desconstituição por maioria simples daquilo para cuja constituição se exigiu maioria absoluta. Disposições de lei complementar só serão modificadas se nova lei, de igual ou superior posição hierárquica, revogar o anteriormente disposto. Jamais serão modificadas por lei ordinária que só poderá abrogar ou derogar lei ordinária anterior a ela, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*.

A incompatibilidade entre lei anterior e lei posterior tem de ser manifesta. Pode ser promulgada nova lei sobre o mesmo assunto sem que a anterior fique tacitamente revogada. São novamente oportunas as lições de Carlos

29. Miguel Reale apud FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 183.

30. MAXIMILIANO, Carlos. *Heremênutica e Aplicação do Direito*, Forense, 11ª edição, 1991, p. 361.

acceptada por la actual Constitución Federal y a ese diploma se debe la estabilidad de nuestro sistema tributario, asunto de mayor interés para toda la Nación.

8. De la revocabilidad de ley complementar

En la concepción de Hans Kelsen, es el ordenamiento jurídico un sistema de normas juridicamente subordinadas en grados sucesivos de jerarquía. Las normas jurídicas constituyen una unidad formulada en diferentes niveles, con validez decreciente, ocupando, cada cual, una cierta posición jerárquica.

En el sistema de graduación del orden jurídico brasileño, las leyes complementares ocupan un nivel especial. Se sitúan en una posición intermediaria entre la Constitución y las leyes ordinarias. No se confunden con las enmiendas a la Constitución, aunque a ellas se aproximen dada la materia sobre la que versan y el quórum que exigen para su aprobación, características que las distinguen de las demás especies normativas y refuerzan su superioridad jerárquica. Por estar de esta forma insertadas, podrán incidir en inconstitucionalidad y serán nulas cuando contraríen disposiciones de la Carta Magna.

En un análisis claro, Miguel Reale sustenta que "Las leyes complementares caracterizan un *tertium genus* de leyes, que no ostentan la rigidez de los preceptos constitucionales ni tampoco deben comportar la revocación (pérdida de vigencia) por fuerza de cualquier ley ordinaria superveniente"²⁹.

Carlos Maximiliano enseña que "las expresiones de derecho pueden ser abrogadas sólomente por otras de la misma naturaleza, o de autoridad superior"³⁰.

Una nueva regla constitucional extingue disposiciones de ley complementar por ser jerárquicamente superior. Así como la ley complementar revoca disposiciones de ley ordinaria manifestamente contrarias a ella. Ley ordinaria debe obediencia a la ley complementar, así como ésta se subordina a la Constitución.

Há de convenirse que, por la propia lógica jurídica, no tendría sentido la desconstitución por mayoría simple de aquello para cuya constitución exigió mayoría absoluta. Las disposiciones de ley complementar sólo serán modificadas si una nueva ley, de igual o superior posición jerárquica, revoca lo anteriormente dispuesto. Jamás serán modificadas por ley ordinaria que únicamente podrá abrogar o derogar ley ordinaria anterior a ella, según el principio *lex posterior derogat priori*.

La incompatibilidad entre ley anterior y ley posterior tiene que ser manifiesta. Puede ser promulgada nueva ley sobre el mismo asunto sin que la anterior quede tácitamente revocada. Son nuevamente oportunas las lecciones

29. Miguel Reale apud FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Derecho Constitucional*, p. 183.

30. MAXIMILIANO, Carlos. *Heremênutica y Aplicación del Derecho*, Forense, 11ª edición, 1991 p. 361.

Maximiliano ao elucidar que “a incompatibilidade implícita entre duas expressões de direito não se presume; na dúvida, se considerará uma norma conciliável com a outra”³¹. É preciso que haja argumentos sólidos que evidenciem o contraste entre as diferentes orientações tidas como contrárias. A incompatibilidade há de ser de tal forma que a execução da norma mais recente implique a destruição da mais antiga.

Na inexistência de dispositivo legal, de mesmo ou superior valor àquele do Código Tributário Nacional, que disponha contrariamente ao seu artigo 98, temos que a norma nele contida permanece em pleno vigor. Ainda que de forma sucinta, passamos, então, a examinar seu enquadramento em face da nossa ordem constitucional.

9. O artigo 98 do CTN em relação à ordem constitucional

É peculiar a hierarquia que, em matéria tributária, se garante aos compromissos internacionais no direito brasileiro.

Sabe-se não derivar do artigo 102, inciso II, letra *b*, uma vez que tal dispositivo abriga a generalidade das matérias passíveis de regulamentação internacional. Além do mais, a hierarquia que se reservará aos acordos internacionais em que o Brasil for parte, em face da letra do referido dispositivo constitucional, é questão ainda aberta e sujeita a complementação.

Deriva, isto sim, do artigo 59 da Constituição Federal, que em seu inciso II prevê a espécie “Lei Complementar”, a qual, por se tratar de uma *lex legum*, como estabelece o parágrafo único do mesmo artigo 59, tem a faculdade de dispor sobre outras leis, nada impedindo que ordene às leis tributárias ordinárias a observância do disposto nos acordos internacionais concluídos pelo Estado brasileiro. Note-se que não está o Código Tributário a extrapolar sua competência, pois que dispõe, discricionariamente, no âmbito material de suas atribuições e da altura de sua posição hierárquica superior.

Atentemos que o artigo 102 da Constituição Federal não veda que aos tratados internacionais se outorgue, em determinada matéria, superioridade sobre a lei ordinária federal. Na verdade, nada dispõe quanto a isso. Resulta claríssimo apenas que os tratados não podem contrariar a Constituição. Sabemos, pois, que subordinadas à Constituição se encontram todas as espécies normativas; nem todas, entretanto, mereceram a proteção do recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal. Se à letra da lei contrapusermos a lógica, a tese da paridade seria discutível, pois tratamento igual se pode brindar a coisas distintas.

Não obstante as considerações feitas, prevalece, como regra, em nosso sistema jurídico, a tese da paridade. Tal entendimento encontra fundamento não na letra da lei, mas no bem marcado câmbio de orientação verificado

31. *Idem*, p. 358.

de Carlos Maximiliano al elucidar que “la incompatibilidad implícita entre dos expresiones de derecho no se presume; en la duda, se considerará una norma conciliable con la otra”³¹. Es preciso que haya argumentos sólidos que evidencien el contraste entre las diferentes orientaciones tenidas como contrarias. La incompatibilidad ha de ser de tal forma que la ejecución de la norma más reciente implique en la destrucción de la más antigua.

Ante la inexistencia de una disposición legal, de valor igual o superior a aquél del Código Tributario Nacional, que disponga contrariamente a su artículo 98, surge que la norma en él contenida permanece en plena vigencia. Aunque de forma sucinta, passamos, entonces, a examinar su encuadre frente a nuestro orden constitucional.

9. El artículo 98 del CTN en relación con el orden constitucional

Es peculiar la jerarquía que, en materia tributaria, se garantiza a los compromisos internacionales en el derecho brasileño.

Se sabe que no deriva del artículo 102, inciso II, letra *b*, una vez que tal disposición abarca la generalidad de las materias pasibles de reglamentación internacional. Por otra parte, la jerarquía que se reservará a los acuerdos internacionales en que el Brasil fuera parte, frente a la letra de la referida disposición constitucional, es cuestión aún abierta y sujeta a complementación.

Deriva, esto sí, del artículo 59 de la Constitución Federal, que en su inciso II, prevee la especie “ley complementar”, la cual, por tratarse de una *lex legum*, como establece el párrafo único del mismo artículo 59, tiene la facultad de disponer sobre otras leyes, no impidiendo nada que ordene a las leyes tributarias ordinarias observar lo dispuesto en los acuerdos internacionales concluídos por el Estado brasileño. Nótese que no está el Código Tributario para extrapolar su atribución, puesto que dispone, discrecionalmente, en el ámbito material de sus atribuciones y de la altura de su posición jerárquica superior.

Reparemos que el artículo 102 de la Constitución Federal no veta que se otorgue a los tratados internacionales, en determinada materia, superioridad sobre la ley ordinaria federal. En verdad, nada dispone en cuanto a eso. Resulta clarísimo apenas que los tratados no pueden contrariar a la Constitución. Sabemos, pues, que subordinadas a la Constitución se encuentran todas las especies normativas; no todas, sin embargo, merecerán la protección del recurso extraordinario al Supremo Tribunal. Si a la letra de la ley contrapusiéramos la lógica, la tesis de la paridad sería discutible, pues se puede brindar tratamiento igual a cosas distintas.

No obstante las consideraciones hechas, prevalece, como regla, en nuestro sistema jurídico, la tesis de la paridad. Tal entendimiento encuentra fundamento no en la letra de la ley, sino en el cambio bien marcado de orientación

31. *Idem*, p. 358.

após o julgamento pelo Supremo do RE 80.004, que afasta aplicação do tratado com a superveniência de lei nacional a ele contrária³².

Entretanto, a jurisprudência dos Tribunais dos Estados federados, bem como do Supremo Tribunal Federal, têm reconhecido, na especificidade da matéria tributária, a supremacia das normas internacionais de origem convencional com base no artigo 98 do Código Tributário. No próprio julgamento do Recurso 80.004 fez-se referência à sua relevância restrita ao campo tributário, e inúmeros julgados posteriores lhe reafirmam a eficácia.

Passamos, assim, à sua interpretação.

CAPÍTULO II

A interpretação do artigo 98 do Código Tributário Nacional

1. *Pressuposto de fato e preceito*

A estrutura lógica de uma norma jurídica positiva apresenta sempre dois elementos: um pressuposto de fato (também conhecido como pressuposto, fato gerador, hipótese de incidência, previsão legal ou suposto jurídico) e um preceito (também denominado mandamento, comando ou regra normativa).

O pressuposto de fato consiste na hipótese de realização de um fato, que poderá ou não se concretizar. Da concretização da hipótese legal decorre determinada consequência, contida no elemento mandamental da norma, no seu preceito.

Dispõe da seguinte forma o art. 98 do Código Tributário Nacional:

“Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenga.”

Da leitura de seu dispositivo abre-se uma série de questionamentos sobre os quais nos cabe a tarefa de discorrer.

Identificamos, como pressuposto da norma do art. 98 do CTN, a “entrada”, no ordenamento jurídico brasileiro, de uma norma internacional de origem convencional que disponha contrariamente a certa norma interna referente a tributos ou a relações a ele pertinentes.

Em se concretizando essa hipótese, genericamente prevista na norma do art. 98, o comando legal do artigo lhe vincula uma consequência muito precisa, que se impõe automaticamente: sua primazia em relação à legislação tributária interna, seja ela anterior ou posterior.

32. A validade de lei doméstica posterior que contrarie tratado internacional recebido em nossa ordem interna foi objeto de análise do Recurso Extraordinário 80.004 de 1º de junho de 1977.

comprobado después del juicio por parte del Supremo del RE 80.004 que no considera la aplicación del tratado con la superveniencia de la ley nacional a él contraria³².

Entretanto, la jurisprudencia de los tribunales de los Estados federados, así como del Supremo Tribunal Federal han reconocido, en la especificación de la materia tributaria, la supremacia de las normas internacionales de origen convencional en base al artículo 98 del Código Tributario. En la propia sentencia del Recurso 80.004 se hizo referencia a su importancia restricta al campo tributario, e innumerables juicios posteriores le reafirman la eficacia.

Pasamos, así, a su interpretación.

CAPÍTULO II

La interpretación del artículo 98 del Código Tributario Nacional

1. *Presuposición de hecho y precepto*

La estructura lógica de una norma jurídica positiva presenta siempre dos elementos: una presuposición de hecho (también conocida como presuposición, hecho generador, hipótesis de incidencia, previsión legal o suposición jurídica) y un precepto (también denominado mandato, comando o regla normativa).

La presuposición de hecho consiste en la hipótesis de realización de un hecho, que podrá o no concretizarse. De la concretización de la hipótesis legal resulta una determinada consecuencia, contenida en el elemento mandatorio de la norma, en su precepto.

El artículo 98 del Código Tributario Nacional versa de la siguiente forma:

“Los tratados y las convenciones internacionales revocan o modifican la legislación tributaria interna, y serán observados por la que les sobrevenga.”

De la lectura de su disposición se abre una serie de cuestionarios sobre los cuales nos cabe la tarea de discernir.

Identificamos, como presuposición de la norma del artículo 98 del CTN, la “entrada”, en el ordenamiento jurídico brasileño, de una norma internacional de origen convencional que dispone contrariamente a cierta norma interna referente a tributos o a relaciones que le son pertinentes.

Concretizando esa hipótesis, genericamente prevista en la norma del artículo 98, el mando legal del artículo le vincula una consecuencia muy precisa, que se impone automáticamente: su primacía en relación a la legislación tributaria interna, sea ella anterior o posterior.

32. La validez de ley doméstica posterior que contrarie el tratado internacional aceptado en nuestro orden interno fue objeto de análisis del Recurso Extraordinario 80.004 del 1ro. de junio de 1977

A norma do art. 98 do CTN, como toda norma jurídica, tem sua razão de ser. Alcançará um determinado tipo de situações, cumprindo um determinado fim.

Torna-se imprescindível que compreendamos seu alcance e objetivo. Se não o fazemos, não é possível saber que efeitos ela terá de produzir e em relação a quais situações. O objetivo de todo dispositivo de lei é atuar sobre a vida e produzir uma série de efeitos. Cumpre, assim, verificar o que a norma pretende resguardar, que interesse ela visa a proteger, quais situações pretende regular, enfim, qual o fim a que se destina.

É, portanto, no fim que se consubstancia o elemento fundamental para a compreensão do sentido objetivo da norma. Fundamental não significa único. E utilizar-se o elemento teleológico como processo principal na interpretação não exclui o auxílio dos demais processos. Francesco Ferrara enuncia que “a interpretação é única: os diversos meios empregados auxiliam-se uns aos outros, combinam-se e controlam-se reciprocamente...”³³.

Na compreensão do alcance e objetivo de uma regra de direito é conveniente o auxílio de proceder-se também a uma análise dos fatores que animaram o legislador na sua confecção³⁴.

Já os Estatutos da Universidade de Coimbra, que datam de 1772, estipulavam que se descobre o sentido e o alcance de uma regra de direito ao examinar as circunstâncias e os sucessos históricos que contribuíram para a mesma e ao perquirir qual o fim do negócio de que se ocupa o texto³⁵. Por assim disporem, preconizaram a utilização da *occasio legis* e o processo teleológico como elementos fiéis de interpretação, que, combinados, permitiriam esclarecer o conteúdo objetivo de uma norma jurídica.

Abordaremos a norma do art. 98 do CTN em sua razão de ser, visando determinar o fim colimado pelo seu preceito, que aqui procuramos detalhar. Nessa tarefa, nos utilizaremos do processo teleológico, com o auxílio subsidiário da *occasio legis*.

Dividiremos nossa atenção entre as expressões “tratados e convenções”, de um lado, e o imperativo, por outro lado, de que estes modifiquem a legislação interna anterior e sejam observados pela que lhes sobrevenha.

Outro ponto que, embora sucintamente, cumpre também apresentar corresponde à expressão “legislação tributária interna”. Esta, todavia, se encontra devidamente tratada no interior do próprio Código Tributário Nacional, em seu art. 96.

Apontamos como pressuposto de fato da norma do art. 98 do CTN a entrada no ordenamento jurídico brasileiro das normas internacionais de ori-

33. FERRARA, Francesco. *Trattato di Diritto Civile Italiano*, v. 1. 1921

34. Sempre que possível, deve-se examinar “as circunstâncias atinentes ao objeto da norma, que constituíram o impulso exterior à emanção do texto”. Tal exame, convém lembrar, será de maior valia quanto mais recente for o texto legal. Carlos Maximiliano, *op. cit.*, p. 150.

35. Cfr. Carlos Maximiliano, *op. cit.*, p. 151.

La norma del artículo 98 del CTN, como toda norma jurídica, tiene su razón de ser. Alcanzará un determinado tipo de situaciones, cumpliendo un determinado fin.

Se hace imprescindible que comprendamos su alcance y objetivo. Si no lo hacemos, no es posible saber qué efectos ella producirá y en relación a cuáles situaciones. El objetivo de toda disposición de ley es actuar sobre la vida y producir una serie de efectos. Cabe así verificar lo que la norma pretende resguardar, qué interés ella tiende proteger, qué situaciones pretende reglamentar, en fin, cuál es el fin al que se destina.

Es, por lo tanto, en este fin que se consubstancia el elemento fundamental para la comprensión del sentido objetivo de la norma. Fundamental no significa único. Y, utilizar el elemento teleológico como proceso principal en la interpretación no excluye el auxilio de los demás procesos. Francesco Ferrara enuncia que “la interpretación es única: los diversos medios empleados se auxilian unos a los otros, se combinan y controlan recíprocamente...”³³.

En la comprensión del alcance y objetivo de una regla de derecho es conveniente como ayuda proceder también a un análisis de los factores que animaron al legislador en su confección³⁴.

Ya los Estatutos de la Universidad de Coimbra, que datan de 1772, estipulaban que se descubre el sentido y el alcance de una regla de derecho al examinar las circunstancias y los sucesos históricos que contribuyeron para la misma y al inquirir cuál es el fin del negocio de que se ocupa el texto³⁵. Por así disponerlo, preconizaron la utilización de la *occasio legis* y del proceso teleológico como elementos fieles de interpretación, que combinados, permitirían aclarar el contenido objetivo de una norma jurídica.

Abordaremos la norma del artículo 98 del CTN en su razón de ser, con miras a determinar el fin logrado por la disposición, bien como el tipo de situaciones alcanzadas por su precepto, que aquí tratamos de detallar. En esa tarea, utilizaremos del proceso teleológico, con la ayuda subsidiaria de la *occasio legis*.

Dividiremos nuestra atención entre las expresiones “tratados y convenciones”, por un lado, y por otro lado el imperativo de que éstos modifiquen la legislación interna anterior y sean observados por la que les sobrevenga.

Otro punto que, aunque sucintamente, cabe también presentar, corresponde al de la expresión “legislación tributaria interna”. Esta, incluso, se encuentra debidamente tratada en el propio Código Tributario Nacional en su artículo 96.

Señalamos como presuposición de hecho de la norma del artículo 98 del CTN la entrada en el ordenamiento jurídico brasileño de las normas

33. FERRARA, Francesco. *Trattato di Diritto Civile Italiano*, vol. I. 1921.

34. Siempre que sea posible, deben examinarse “las circunstancias pertinentes al objeto de la norma, que constituyeron el impulso exterior a la emanación del texto”. Tal examen, conviene recordar, será de mayor validez cuanto más reciente fuera el texto legal. Carlos Maximiliano, *op. cit.*, p. 150.

35. Cfr. Carlos Maximiliano. *Op. cit.*, p. 151.

gem convencional, sem nos esquecermos de que as mesmas constam de diplomas internacionais sob diferentes nomenclaturas, que guardam muito pouca relação com a matéria sobre que versam.

Focalizaremos, logo a seguir, as noções de tratados e convenções, tendo em mente o alcance de cada figura e a possibilidade de que outros diplomas, cunhados sob diferentes títulos, sejam incluídos na hipótese de incidência da norma do artigo. Veremos a compreensão que se tem dos termos no âmbito do direito das gentes, na opinião da doutrina e na Constituição brasileira.

2. *Tratados, convenções e demais acordos do direito das gentes*

O Estatuto da Corte Internacional de Justiça manda aplicar, nas controvérsias a ele submetidas, “as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes”³⁶.

De imediato, se observamos a letra *a*, do § 1º do art. 2º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, nos questionamos quanto ao alcance, em direito internacional, da palavra “tratado” e da palavra “convenção”.

Para a Convenção de Viena a expressão “tratado” designa um acordo internacional concluído entre Estados, qualquer que seja sua denominação particular. Isto equivale a dizer que, qualquer que seja a designação atribuída em cada caso concreto ao ato jurídico celebrado entre sujeitos de direito das gentes, quer as partes o designem carta, pacto, estatuto, protocolo, tratado ou convenção, para a Convenção de Viena serão todos havidos como tratados internacionais. Concebe tratado em sua acepção mais ampla.

Observe-se ainda que, como termo mais genérico, já que dele se utiliza para conceituar “tratado”, a Convenção de Viena optou pela expressão “acordo”, como se desprende da alínea *a*, nº 1, do art. 2º: tratado significa o acordo internacional celebrado...”.

3. *A posição da doutrina*

Da delimitação das noções de tratados e convenções tem-se ocupado a doutrina no Brasil e no exterior. O bom desempenho dessa tarefa, no entanto, tem sido prejudicado pela prática convencional dos Estados, que pouco sistemáticos se têm demonstrado ao denominar seus atos internacionais.

Em referência a *Le Fur*, Pinto Ferreira lembra-nos que:

“o tratado, em um sentido amplo, é todo acordo, toda combinação entre Estados, a fim de criar, modificar ou suprimir entre eles uma relação de direito.

36. Alínea *a* do nº 1 do art. 38 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça.

internacionales de origen convencional, sin olvidarnos de que las mismas constan de diplomas internacionales bajo diferentes nomenclaturas, que guardan muy poca relación con la materia sobre la que versan.

Focalizaremos, en seguida, las nociones de tratados y convenciones, teniendo en mente el alcance de cada figura y la posibilidad de que otros diplomas, acuñados bajo diferentes títulos, sean incluídos en la hipótesis de incidencia de la norma del artículo. Veremos la comprensión que se tiene de los términos en el ámbito del derecho de gentes, en la opinión de la doctrina y en la Constitución brasileña.

2. *Tratados, convenciones y demás acuerdos del derecho de gentes*

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia manda aplicar, en las controversias a él sometidas, “las convenciones internacionales, sean generales, sean especiales, que establezcan reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes”³⁶.

Si observamos de inmediato la letra *a* del párrafo 1ro. del artículo 2do. de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, nos preguntamos sobre el alcance, en derecho internacional, de la palabra “tratado” y de la palabra “convencción”.

Para la Convención de Viena la expresión “tratado” designa un acuerdo internacional concluído entre Estados, cualquiera que sea su denominación específica. Esto equivale a decir que, cualquiera que sea la designación atribuída en cada caso concreto al acto jurídico celebrado entre sujetos de derecho de gentes, quieran las partes designarlo carta, pacto, estatuto, protocolo, tratado o convencción, para la Convención de Viena serán todos considerados como tratados internacionales. Concibe tratado en su acepción más amplia.

Obsérvese aun que, como término más genérico, ya que lo utiliza para dar el concepto de “tratado”, la Convención de Viena optó por la expresión “acuerdo”, como se desprende del párrafo *a*, número 1, del artículo 2do: “tratado significa el acuerdo internacional celebrado...”.

3. *La posición de la doctrina*

De la delimitación de las nociones de tratados y convenciones se ha ocupado la doctrina en el Brasil y en el exterior. El buen desempeño de esa tarea, sin embargo, ha sido perjudicado por la práctica convencional de los Estados, que se han mostrado poco sistemáticos al denominar sus actos internacionales.

Con referencia a *Le Fur*, Pinto Ferreira nos recuerda que:

“el tratado, en un sentido amplio, es todo acuerdo, toda combinación entre Estados, a fin de crear, modificar o suprimir entre ellos una relación de derecho.”

36. Párrafo *a* del nº 1 del artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia.

Em sentido restrito, o termo *tratado* é reservado aos mais solenes destes acordos, tratados de paz, de aliança, etc.”³⁷.

Badesvant distingue tratado pelo fato de que sua conclusão comporta a intervenção da mais alta autoridade encarregada das relações internacionais³⁸. Para Accioly convenção “em nada difere do tratado quanto à sua estrutura, e pode ser empregada como sinônimo deste”³⁹.

De fato, muitos autores têm utilizado os dois termos como sinônimos, e não entendemos que tal uso represente uma imperfeição. Observe-se que, ao mencionar alternadamente uma expressão ou outra, está-se tomando a expressão “tratado” em sua acepção ampla, que assim tida se confunde com a expressão “convenção”. Subsiste, no entanto, a preferência no sentido de reservar o termo “tratado” aos acordos mais solenes, de conteúdo mais político.

Que formalmente não apresentem distinção não significa que nenhuma espécie de preferência se possa dar com relação a um ou outro termo para essa ou aquela matéria passível de regulamentação internacional. Nossa consciência facilmente repeliria o fato de que a um acordo celebrado entre dois Estados para a prevenção do *bis in idem* em matéria tributária se denominasse “tratado”. Tal reação não se daria caso a esse mesmo acordo se denominasse “convenção” ou mesmo “acordo” simplesmente.

Convenção é termo de alcance muito amplo. Observa Rezek que a “amplitude de alcance — ou, caso se prefira, a flexibilidade — do termo “convenção” pode ser sumariamente avaliada comparando-se a monumentalidade da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados e a feição trivial das convenções que o Brasil vem repetidamente celebrando para a prevenção da dupla incidência de impostos sobre a renda e o capital”⁴⁰.

Há que registrar, entretanto, o que alguns hoje se referem como sendo uma tendência à “despolitização” do conteúdo dos tratados, já de certa forma presente na concepção de Badesvant. Segundo entende Albino Soares, essa tendência se trata, na realidade, da “extensão do campo de matérias tradicionalmente abrangido pelo direito internacional, que, dos temas preferenciais do direito da guerra, do direito do mar, do direito dos tratados, do direito diplomático, e dos regimes territoriais, passa a integrar também os setores referentes ao direito internacional econômico”⁴¹.

37. FERREIRA, Pinto. In *Comentários à Constituição Brasileira*. Saraiva, 2 v., p. 547.

38. BADESVANT, Jules. La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autres que les traités. *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de La Haye*, tome 15, p. 542.

No que tange ao conteúdo esclarece que “le terme traité n'est employé que pour des accords d'ordre politique, si bien qu'on dise aussi traité de commerce, de navigation etc.”

39. ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*, Saraiva, 1988, p. 120.

40. REZEK, Francisco. *Op. cit.*, p. 90.

41. SOARES, Albino Azevedo. *Op. cit.*, p. 125.

“En sentido restrito, el término “tratado” está reservado a los más solemnes de estos acuerdos, tratados de paz, de alianza, etc.”³⁷.

Badesvant distingue tratado por el hecho de que su conclusión comprende la intervención de la más alta autoridad encargada de las relaciones internacionales³⁸. Para Accioly, convención “en nada difiere del tratado en lo que a su estructura se refiere, y puede ser empleado como sinónimo de éste”³⁹.

De hecho, muchos autores han utilizado los dos términos como sinónimos, y no entendemos que tal uso represente una imperfección. Obsérvese que, al mencionar alternadamente una expresión u otra, se está tomando la expresión “tratado” en su acepción amplia, que así considerada se confunde con la expresión “convencción”. Subsiste, sin embargo, la preferencia en el sentido de reservar el término tratado a los acuerdos más solenes, de contenido más político.

Que formalmente no presenten distinción no significa que ninguna especie de preferencia se pueda dar con relación a uno u otro término para esa o aquella materia pasible de reglamentación internacional. Nuestra conciencia fácilmente repelería el hecho de que a un acuerdo celebrado entre dos Estados para prevención del *bis in idem* en materia tributaria se denominase “tratado”. Tal reacción no se daría en caso que a ese mismo acuerdo se denominase “convencción” o inclusive “acuerdo” simplemente.

Convencción es término de alcance muy amplio. Observa Rezek que “la amplitud de alcance — o, en el caso de que se prefiera, la flexibilidad — del término “convencción” puede ser sumariamente evaluada comparándose la monumentalidad de la Convencción de Viena sobre Derecho de los Tratados y el aspecto trivial de las convenciones que el Brasil viene repetidamente celebrando para la prevención de la dupla incidencia de impuestos sobre la renta y el capital”⁴⁰.

Mientras tanto hay que registrar lo que algunos hoy consideran como siendo una tendencia a la “despolitización” del contenido de los tratados, ya de cierta forma presente en la concepción de Badesvant. Según entiende Albino Soares, esa tendencia se trata, en realidad, de la “extensión del campo de materias tradicionalmente abarcado por el derecho internacional, que, de los temas preferenciales del derecho de la guerra, del derecho del mar, del derecho de los tratados, del derecho diplomático, de los regímenes territoriales, pasa a integrar también los sectores referentes al derecho internacional económico”⁴¹.

37. FERREIRA, Pinto. In *Comentarios a la Constitución Brasileña*, Saraiva, 2º vol., p. 547.

38. BADESVANT, Jules. La conclusion et la rédaction des traités et des Instruments diplomatiques autres que les traités. *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de La Haye*, tome 15, p. 542.

En lo que ataña al contenido aclara que “le terme traité n'est employé que pour des accords d'ordre politique, si bien qu'on dise aussi traité de commerce, de navigation etc.”

39. ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Derecho Internacional Público*, Saraiva, 1988, p. 120.

40. REZEK, Francisco. *Op. cit.*, p. 9.

41. SOARES, Albino Azevedo. *Op. cit.*, p. 125.

4. A terminologia da Constituição Federal

Às dificuldades de se estabelecer uma noção mais clara das diversas formas sob as quais se pode denominar um compromisso internacional há que se somar, no caso do Brasil, o fato muito provável de que o legislador nacional, quando utilizou os dois termos distintos, tivesse em mente sentido também diferente para cada termo empregado.

Já na Constituição Republicana de 1891 se fazia menção a “tratados e convenções”, e, desde então, os termos vêm sendo empregados nas cartas posteriores, bem como em dispositivos infraconstitucionais, notadamente no Código Tributário Nacional e no Estatuto do Estrangeiro.

O que a atual Constituição entende por tratado e convenção não está consignado de maneira explícita no seu texto. Entendemos porém que nossa lei fundamental estabelece certa distinção entre os termos e tratamos, assim, de buscar evidenciá-la. Facilitaremos uma análise objetiva da terminologia adotada pelo legislador constituinte traçando um paralelo do inciso I do artigo 49 com o inciso VII do artigo 84, ambos do texto constitucional.

O artigo 49 estabelece a competência do Congresso Nacional para “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”. Fixemos na linha semântica que dispõe o inciso e observaremos que a mesma oscila do tratado (solene), passando pelo acordo, termo genérico que visa a aqueles compromissos que não revestem, necessariamente, maiores formalismos, e finaliza com os atos internacionais, que talvez queira se referir aos atos diplomáticos, numa tentativa de colocar sob o crivo do Congresso aqueles atos relativos à condução da política externa.

Sobre a segunda linha paralela o inciso VIII do art. 84 da Constituição Federal associa os termos tratados, convenções e atos internacionais cuja negociação é atribuída ao Presidente da República com o referendo do Congresso Nacional. Repete, pois, os termos do inciso I do art. 49, substituindo, apenas, a palavra “acordo” por “convenção”

Os dois artigos em questão estão intimamente relacionados. Ambos discorrem sobre competências dos Poderes Legislativo (art. 49) e Executivo (art. 84). Tratam seus respectivos incisos I e VIII da competência específica para estabelecer relações de direito com outros Estados, seja por meio de acordos internacionais ou por atos diplomáticos.

Em face da análise feita, parece-nos razoável sustentar que a Constituição Federal estabelece, ainda que implicitamente, uma distinção entre tratados e convenções, reconhecendo uma maior flexibilidade ao termo “convenções”, que, por exclusão, abarcaria todos os acordos que não fossem tratados e, por outro lado, não se enquadrassem como atos vinculados ao exercício da política externa.

4. La terminología de la Constitución Federal

A las dificultades de establecerse una noción más clara de las diversas formas bajo las cuales se puede denominar un compromiso internacional, hay que sumarle, en el caso del Brasil, el hecho muy probable de que el legislador nacional, cuando utilizó los dos términos distintos, tuviese en mente sentidos también diferentes para cada término empleado.

Ya en la Constitución Republicana de 1891 se hacía mención a “tratados y convenciones”, y, desde entonces, los términos vienen siendo empleados en las Cartas posteriores, así como en disposiciones infraconstitucionales, principalmente en el Código Tributario Nacional y en el Estatuto del Extranjero.

Lo que la actual Constitución entiende por tratado y convención no está consignado de manera explícita en su texto. Entendemos sin embargo que nuestra ley fundamental establece cierta distinción entre los términos y tratamos, así, de buscar evidenciarla. Facilitaremos un análisis objetivo de la terminología adoptada por el legislador constituyente trazando un paralelo entre el inciso I del artículo 49 y el inciso VII del artículo 84, ambos del texto constitucional.

El artículo 49 establece la atribución del Congreso Nacional para resolver definitivamente sobre tratados, acuerdos o actos internacionales que “acarreen obligaciones o compromisos gravosos al patrimonio nacional”. Pongamos atención en la línea semántica que dispone el inciso y observaremos que la misma oscila del tratado (solemne), pasando por el acuerdo, término genérico que se dirige a aquellos compromisos que no revisten, necesariamente, mayores formalismos y finaliza con los actos internacionales, que tal vez quiera referirse a los actos diplomáticos, en una tentativa de colocar bajo el control del Congreso aquellos actos relativos a la conducción de la política externa.

Sobre la segunda línea paralela el inciso VIII del art. 84 de la Constitución Federal asocia los términos tratados, convenciones y actos internacionales cuya negociación se atribuye al Presidente de la República con la refrenda del Congreso Nacional. Repite, pues, los términos del inciso I del art. 49, sustituyendo, sólo, la palabra “acuerdo” por “convención”.

Los dos artículos en cuestión están íntimamente relacionados. Ambos discurren sobre atribuciones de los Poderes Legislativo (art. 49) y Ejecutivo (art. 84). Tratan sus respectivos incisos I y VIII de la atribución específica para establecer relaciones de derecho con otros Estados, sea por medio de acuerdos internacionales o por actos diplomáticos.

Ante el análisis hecho, nos parece razonable sostener que la Constitución Federal establece, aunque implícitamente, una distinción entre tratados y convenciones, reconociendo una mayor flexibilidad al término “convenciones”, que, por exclusión, abarcaría todos los acuerdos que no fuesen tratados, y, por otro lado, no se encuadrasen como actos vinculados al ejercicio de la política externa.

Salientamos, todavia, que em comentários à Constituição de 1946, Carlos Maximiliano⁴² viu na utilização de vários termos a tentativa de abarcar, pela superabundância nominal, “todas as formas possíveis” de comprometimento internacional. O que caracterizava uma tentativa de evitar, com a utilização de vários termos, que em se utilizando unicamente o termo “tratado”, numa interpretação restritiva que se fizesse da palavra, se justificasse a celebração de outros atos internacionais, não rotulados como tais, sem o assentimento parlamentar.

Justificável a preocupação, visto que, como opinava a doutrina, o termo “tratado” comportava, bem mais do que atualmente, um sentido estrito. Entretanto, não acreditamos que, modernamente, a erradicação definitiva dos acordos em forma simplificada possa ser alcançada mediante a enumeração, no dispositivo que estabelece o referendo parlamentar, de vários termos sob cujos títulos o direito internacional convencional se instrumentaliza. O caminho mais simples e seguro seria, claramente, que se estabelecesse uma vedação expressa no texto constitucional.

A Constituição vigente parece evoluir no sentido da busca de critérios, como o da oneração que se observa na parte final do inciso I do art. 49 e no inciso V do art. 52, para definir hipóteses proibitivas de tais acordos.

Assim como muitos autores, entendemos que se torna cada vez mais difícil apontar os limites individuais de alcance de cada termo. O que se vê é a aproximação cada vez maior entre os termos, confundindo-se suas noções ao ponto de serem considerados os vários termos como variantes terminológicas da expressão “tratados”.

Não é de todo condenável a opção do legislador constituinte pela utilização dos termos “tratado”, “convenção” e “acordo”, visto que subsiste ainda uma certa distinção entre os termos. Melhor técnica seria a simples escolha de um dos termos, seja “tratado” ou “convenção”, pois qualquer um deles cobriria amplíssima gama de compromissos internacionais, independente da denominação particularmente adotada em cada caso.

5. A expressão “tratados e convenções” no artigo 98 do CTN

Todavia, não se pode ter por inexistente uma preferência maior por este ou aquele termo conforme a matéria ou as características do compromisso internacional que o Estado assume. No que se refere particularmente à bitributação de rendas, no período que se estende da vigência da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, até 1981, o Estado brasileiro celebrou 11 convenções.

42. MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira de 1946*, Freitas Bastos, 1948, v. III, p. 238.

Destacamos, aún, que en comentarios sobre la Constitución de 1946, Carlos Maximiliano⁴² vio en la utilización de varios términos la tentativa de abarcar, por la superabundancia nominal, “todas las formas posibles” de comprometimiento internacional. Lo que caracterizaba una tentativa de evitar, con el uso de varios términos, que utilizando únicamente el término “tratado”, en una interpretación restrictiva que se hiciera de la palabra, se justificase la celebración de otros actos internacionales, no rotulados como tales, sin el consentimiento parlamentar.

Preocupación justificable, dado que, como opinaba la doctrina, el término “tratado” tenía, bien más que actualmente, un sentido estricto. Entretanto, no creemos que, modernamente, la erradicación definitiva de los acuerdos en forma simplificada pueda ser alcanzada mediante la enumeración, en la disposición que establece la refrendación parlamentar, de varios términos bajo cuyos títulos el derecho internacional convencional se instrumentaliza. El camino más simple y seguro sería, claramente, que se estableciese una prohibición expresa en el texto constitucional.

La Constitución vigente parece evolucionar en el sentido de la búsqueda de criterios, como el de la onerosidad que se observa en la parte final del inciso I del artículo 49 y en el inciso V del artículo 52, para definir hipótesis que prohiban tales acuerdos.

Así como muchos otros autores, entendemos que se hace cada vez más difícil determinar los límites individuales de alcance de cada término. Lo que se ve es la aproximación cada vez mayor entre los términos, confundiendo sus nociones a tal punto de ser considerados los varios términos como variantes terminológicas de la expresión “tratados”.

No es del todo condenable la opción del legislador constituyente por la utilización de los términos “tratados”, “convencción” y “acuerdo”, dado que subsiste aún una cierta distinción entre los términos. Mejor técnica sería la simple elección de uno de los términos, sea “tratado” o “convencción”, pues cualquiera de ellos cubriría una amplísima gama de compromisos internacionales, independiente de la denominación específicamente adoptada en cada caso.

5. La expresión “tratados y convenciones” en el artículo 98 del CTN

De cualquier modo, no se puede tener por inexistente una preferencia mayor por éste o aquel término según la materia o las características del compromiso internacional que el Estado asume. En lo que se refiere específicamente a la vigencia de la Enmienda Constitucional nº 1, de 1969, hasta 1981, el Estado brasileño celebró 11 convenciones. En el mismo período,

42. MAXIMILIANO, Carlos. *Comentarios sobre la Constitución brasileña de 1946*, Freitas Bastos, 1948, vol. II, p. 238.

No mesmo período, não consta que algum compromisso tenha sido assumido em relação a matéria sob o título de tratado⁴³.

Tais convenções, lógica e evidentemente, estariam ao abrigo da norma do art. 98 do CTN, e as normas internacionais que delas constam, ainda que contrárias à legislação tributária interna, entram para o ordenamento jurídico brasileiro, realizando-se, assim, a hipótese de incidência do artigo.

Nos tratados de comércio, é comum a presença de disposições que versam sobre tributos ou relações a eles pertinentes. Geralmente se convencionam, por exemplo, reduções tarifárias para determinados produtos. As normas constantes dos tratados de comércio encontram amparo no disposto no mencionado artigo, e assim se inserem na legislação tributária interna⁴⁴.

Por serem designados tratados ou convenções, estão certamente os tratados de comércio, de cooperação, de integração, assim como as convenções para a prevenção da bitributação, tutelados pelo disposto no artigo.

A compreensão do dispositivo — frisamos — não poderá ser estrita. Não seria justificável negligenciar o amparo legal devido àqueles acordos que, embora versando sobre a mesma matéria que as convenções sobre a dupla tributação, cumprindo com as mesmas finalidades dessas, “pecassem” por terem sido denominadas “convênio” ou mesmo “acordo”.

Ao amparo do artigo 20, inciso III, do texto constitucional de 1969, que falava em “tratados”, o Supremo Tribunal Federal conheceu de vários recursos em que se pleiteava a aplicação de normas do Acordo Geral de Comércio e Tarifas, GATT.

Resultaria absurdo imaginarmos que as normas constantes de instrumentos internacionais, sob denominação diversa de tratado ou convenção, pudessem ser excluídas do campo de incidência do artigo 98 do CTN. A interpretação de um texto de lei não se pode dar de forma que o dispositivo resulte inócuo. Há que se buscar, sempre que possível, um sentido para o texto.

As palavras de que a lei se utiliza para expressar sua vontade objetiva poderão estar além ou aquém do fim colimado, o que resultará na necessidade, conforme o caso, de restringi-las ou ampliá-las.

No caso em apreço, uma compreensão restritiva da letra do dispositivo desproveria de qualquer sentido o texto do artigo. Assim, é necessária uma

43. MEDEIROS, Antônio Cachapuz de. In *O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais*, LP & M, p. 127.

44. O mesmo se aplica aos tratados de cooperação ou integração econômica. Visando fortalecer os agrupamentos econômicos que criam, mediante a otimização do comércio e da produção, inevitavelmente dispõem sobre matéria tributária, quer no âmbito dos direitos alfandegários, com os programas de desgravação, quer no tocante aos tributos internos, com o princípio da igualdade de tratamento tributário. É bem conhecido o exemplo do Tratado da ALALC, cujo artigo 21, que proibia a discriminação de produto importado de país signatário do tratado em face da tributação interna, por força do artigo 98 do CTN entrou para a legislação interna, sendo reconhecido expressamente pelo STF através da Súmula nº 575.

no consta que algún compromisso haya sido asumido en relación con la materia bajo el título de tratado⁴³.

Tales convenciones, lógica y evidentemente, estarían al abrigo de la norma del art. 98 del CTN, y las normas internacionales que de ellas constan, aunque contrarias a la legislación tributaria interna, entran para el ordenamiento jurídico brasileño, realizándose, así, la hipótesis de incidencia del artículo.

En los tratados de comercio, es común la presencia de disposiciones que versen sobre tributos o relaciones a ellos pertinentes. Generalmente se convencionan, por ejemplo, reducciones tarifarias para determinados productos. Las normas que constan en los tratados de comercio encuentran amparo en lo dispuesto en el mencionado artículo, y así se insertan en la legislación tributaria interna⁴⁴.

Por ser designados tratados o convenciones, están ciertamente los tratados de comercio, de cooperación, de integración, así como las convenciones para la prevención de la bitributación tutelados por lo dispuesto en el artículo.

La comprensión de la disposición — señalamos — no podrá ser estricta. No sería justificable negligenciar amparo legal debido a aquellos acuerdos que, aunque versando sobre la misma materia que las convenciones sobre la dupla tributación, cumpliendo con las mismas finalidades de ellas, “pecasen” por haber sido denominados “convenio” o inclusive “acuerdo”.

Al amparo del artículo 20, inciso III del texto constitucional de 1969, que hablaba de “tratados”, el Supremo Tribunal Federal conoció varios recursos en que se pleiteaba la aplicación de normas del Acuerdo General de Comercio y Tarifas, GATT.

Resultaría absurdo imaginar que las normas que constan de instrumentos internacionales, bajo denominación diversa de tratado o convención, pudiesen ser excluídas del campo de incidencia del artículo 98 del CTN. La interpretación de un texto de ley no se puede dar de tal forma que la disposición resulte inocua. Hay que buscarle, siempre que sea posible, un sentido al texto.

Las palabras que la ley utiliza para expresar su voluntad objetiva podrán estar más allá del fin propuesto, lo que resultará en la necesidad, conforme el caso, de restringirlas o ampliarlas.

En el caso en pauta, una comprensión restrictiva de la letra de la disposición, desproveería de cualquier sentido al texto del artículo. Así, se hace

43. MEDEIROS, Antônio Cachapuz de, in *El Poder Legislativo y los Tratados Internacionales*, LP & M, p. 127.

44. Lo mismo se aplica a los tratados de cooperación o integración económica. Con miras a fortalecer los agrupamientos económicos que crean, mediante la optimización del comercio y de la producción, inevitablemente disponen sobre la materia tributaria, sea en el ámbito de los derechos aduaneros, con los programas de desgravación, sea en lo tocante a los tributos internos, con el principio de la igualdad de tratamiento tributario. Es bien conocido el ejemplo del Tratado de ALALC, cuyo artículo 21, que prohibía la discriminación de productos importados del país signatario del tratado debido a la tributación interna, por fuerza del artículo 98 del CTN entró para la legislación interna, siendo reconocido expresamente por el STF a través del compendio nº 575.

larga ampliação dos termos ali empregados para que então atinjam o número bem maior de obrigações internacionais a que certamente se destina seu preceito.

Também no que se refere à primazia determinada pelo preceito do artigo 98, sabemos ser ela, dada a clareza com que se impõe, uma orientação especial e restrita ao direito tributário. No âmbito de tal ramo do direito, entretanto, não há por que suas palavras não possam ser ampliadas para que se cumpra o fim atual do preceito.

Assim, se por tratados se devessem entender apenas as obrigações internacionais de conteúdo político, solenemente celebradas e reduzidas a um termo ao qual se denominasse "tratado", estar-se-ia negando toda uma recente evolução no direito internacional convencional, do período do pós-guerra, no qual é nítida a tendência a uma despolitização de seu conteúdo. O campo material regulável por um tratado, portanto, se amplia e passa a abranger aqueles compromissos de cunho não-político, em especial, como frisado por Albino Soares, aqueles relativos ao direito internacional econômico⁴⁵.

A utilização conjunta dos termos "tratados e convenções" no artigo 98 do CTN produz um resultado definitivamente amplo e seria inviável contestá-lo, quer em face da posição da doutrina estrangeira que aponta para tal "despolitização", quer pela posição da doutrina brasileira que, em comentários ao Texto Constitucional de 1946, vê na utilização de vários termos uma tentativa de abarcar "todas as formas possíveis" de comprometimento internacional⁴⁶.

Ainda para aqueles que defendessem, em não sendo um tratado estrito senso, a aplicação do dispositivo apenas aos instrumentos formalmente intitulados "convenção", teríamos a própria carta constitucional a contrariar-lhes a intenção, impondo-lhes sua distinção, com base na qual, além dos tratados (solenes), o termo "convenção" só deixaria de englobar os atos diplomáticos ou relativos à condução da política exterior. Mas, sobretudo, pela própria Convenção de Viena, que ao termo "tratado" empresta definição extensíssima, i. e., todo acordo internacional, reduzido a escrito, independente do termo que se prefira para, casuisticamente, nomeá-lo.

6 O fim atual da norma

O intérprete deve entender o texto de forma que, na sua atuação prática, a norma atinja todas as situações cabíveis em sua hipótese legal e cumpra, assim, com o seu objetivo, impondo a consequência nela prevista. Ela deverá

45. SOARES, Albino Azevedo. *Op. cit.*, p. 125.

46. Carlos Maximiliano, *apud* REZEK. *Op. cit.*, p. 293.

necesaria una gran ampliación de los términos allí empleados para que entonces alcancen un número mucho mayor de obligaciones internacionales a las que seguramente se destina su precepto.

También en lo que se refiere a la supremacía determinada por el precepto del artículo 98, sabemos que ella es, dada la claridad con que se impone, una orientación especial y restricta al derecho tributario. En el ámbito de tal ramo del derecho, sus palabras no tienen por qué ser ampliadas para que se cumpla el fin actual del precepto.

Así, si se tuviere que entender por tratados únicamente las obligaciones internacionales del contenido político, solemnemente celebradas y reducidas a un término al cual se denominase "tratado", se estaría negando toda una reciente evolución en el derecho internacional convencional, del período de la postguerra, en el cual es nítida la tendencia a una despolitización de su contenido. Por lo tanto el campo material regulable por un tratado, se amplía y pasa a alcanzar a aquellos compromisos de cuño no político, en especial, como fuera señalado por Albino Soares, aquellos relativos al derecho internacional económico⁴⁵.

La utilización conjunta de los términos "tratados y convenciones" en el artículo 98 del CTN produce un resultado definitivamente amplio y no sería viable cuestionarlo, ya sea ante la posición de la doctrina extranjera que se dirige a tal "despolitización" como por la posición de la doctrina brasileña que, en comentarios sobre el texto constitucional de 1946, ve en la utilización de varios términos una tentativa de abarcar "todas las formas posibles de comprometimiento internacional"⁴⁶.

Aun para aquellos que defendiesen, al no ser un tratado *estricto sensu*, la aplicación de la disposición solamente a los instrumentos formalmente intitulados "convencción", tendríamos la propia Carta Constitucional para contrariar esa intención, imponiéndoles su distinción, en base a la cual, además de los tratados (solemnes), el término "convencción" sólo dejaría de englobar los actos diplomáticos o relativos a la conducción de la política exterior. Pero, sobretudo, por la propia Convención de Viena, que al término "tratado" presta definición extensísima, i. e., todo acuerdo internacional, reducido a escrito, independiente del término que se prefiera para, casuisticamente, nombrarlo.

6. El fin actual de la norma

El intérprete debe entender el texto de manera que en su actuación práctica, la norma alcance todas las situaciones cabibles en su hipótesis legal y cumpla, así, con su objetivo, imponiendo la consecuencia en ella prevista.

45. SOARES, Albino Azevedo. *Op. cit.*, p. 125.

46. Carlos Maximiliano, *apud* Rezek. *Op. cit.*, p. 293.

ser interpretada de modo que melhor corresponda às exigências sociais que visa a satisfazer⁴⁷.

Examinamos anteriormente a figura convencional dos acordos em forma simplificada em face do texto da Constituição de 1988 e passamos agora a questionar seu enquadramento no pressuposto da norma do art. 98 do CTN.

Note-se que a letra da lei se referia a tratados e convenções, enquanto que, ao longo deste estudo, fizemos menção a normas internacionais, obrigações internacionais e compromissos internacionais. Nossa preferência recai, todavia, pela expressão “compromissos”, por entendermos que a mesma compreende tanto as normas internacionais como as obrigações internacionais, sendo, ainda, compatível com as diversas formas sob as quais se podem nomear os tratados e demais acordos do direito das gentes.

Os compromissos internacionais que são, dia após dia, pactuados no plano das relações internacionais se manifestam através de vários instrumentos que se somam uns aos outros formando o direito internacional convencional. Esse setor do direito das gentes encontra-se regulamentado pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, em vigor desde 1980.

De momento algum seria possível extrair a conclusão de que a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados estaria a proibir os acordos do Executivo. Conforme o art. 46 da referida convenção, a possibilidade de conclusão de tais acordos deve ser verificada no direito interno de cada Estado, nas suas disposições legais relativas à competência para concluir tratados. Além do que esses acordos reúnem todos os elementos da definição de “tratados” do art. 2, nº 1, letra a, desta Convenção.

Temos, por consequência, que os acordos em forma simplificada são aceitos pelo direito internacional convencional. E, por serem também aceitos, em princípio, em face do nosso texto constitucional, parecem-nos perfeitamente enquadráveis na hipótese de incidência do art. 98 do CNT.

Oportuno se faz que lembremos ter sido no fim que buscamos orientação para descobrir o alcance do artigo da Lei Complementar nº 5.172 que constitui nosso centro de foco.

É mister ter-se em mente que o fim não é constante ou eterno. O objetivo de uma norma é servir à vida, e as necessidades da vida sofrem modificações com o correr do tempo, fazendo com que surjam novos interesses, ligados àqueles primordialmente consignados no texto legal, aos quais cumpre ao direito estender sua proteção. Referindo-se a Max Gmür, Carlos Maximiliano explica que “se novos interesses despontam e se enquadram na letra expressa, cumpre adaptar o sentido do texto antigo ao fim atual”. E acrescenta, logo

47. Cf. art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Ella deberá ser interpretada de modo que mejor corresponda a las exigencias sociales que tiende a satisfacer⁴⁷.

Examinamos anteriormente la figura convencional de los acuerdos en forma simplificada ante el texto de la Constitución de 1988 y pasamos ahora a preguntar sobre su encuadramiento en la presuposición de la norma del artículo 98 del CTN.

Nótese que la letra de la ley se refería a tratados y convenciones, mientras que, a lo largo de este estudio, hicimos mención a normas internacionales, obligaciones internacionales y compromisos internacionales. Nuestra preferencia recae, con todo, en la expresión “compromisos”, por entender que la misma comprende tanto las normas internacionales como las obligaciones internacionales, siendo, aún, compatible con las diversas formas bajo las cuales se pueden nombrar los tratados y demás acuerdos del derecho de gentes.

Los compromisos internacionales que son, día tras día, pactados en el plano de las relaciones internacionales se manifiestan a través de varios instrumentos que se suman uno a los otros formando el derecho internacional convencional. Ese sector de derecho de gentes se encuentra reglamentado por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en vigencia desde 1980.

En ningún momento sería posible sacar la conclusión de que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados estaría para prohibir los acuerdos del Ejecutivo. De conformidad con el art. 46 de la referida convención, la posibilidad de conclusión de tales acuerdos debe ser examinada en el derecho interno de cada Estado, en sus disposiciones legales relativas a la atribución para concluir tratados. Además del hecho de que esos acuerdos reúnen todos los elementos de la definición de “tratados” del art. 2, nº 1, letra a, de esa Convención.

Tenemos, en consecuencia, que los acuerdos en forma simplificada son aceptados por el derecho internacional convencional. Y, por ser también aceptados, en principio, ante nuestro texto constitucional, nos parece perfectamente encuadrables en la hipótesis de incidencia del art. 98 del CTN.

Se hace oportuno que recordemos que fue en la finalidad donde buscamos orientación para descubrir el alcance del artículo de la Ley Complementar nº 5.172, que constituye nuestro objetivo principal

Es menester tener en consideración que la finalidad no es constante o eterna. El objetivo de una norma es servir a la vida y las necesidades de la vida sufren modificaciones con el correr del tiempo, haciendo con que surjan nuevos intereses, ligados a aquéllos primordialmente consignados en el texto legal, a los cuales corresponde al derecho extender su protección. Refiriéndose a Max Gmür, Carlos Maximiliano explica que “si nuevos intereses surgen y se encuadran en la letra expresa, corresponde adaptar el sentido del texto antiguo al fin actual”. Y agrega, en seguida: “El derecho progresa

47. Cfe. art. 5º de la Ley de Introducción al Código Civil.

após: “O direito progride sem que se alterem os textos, desenvolve-se por meio da interpretação e do preenchimento de lacunas”⁴⁸.

A intenção do legislador, motivada pelas circunstâncias relevantes à época da elaboração da lei, como veremos no item seguinte, corrobora nossa opinião quanto ao sentido atual do artigo 98 do Código Tributário Nacional, qual seja, o de garantir, no campo tributário, a eficácia dos compromissos internacionalmente assumidos pelo Brasil, os quais deverão ser respeitados pelo legislador ordinário federal, estadual e municipal.

Verificadas as hipóteses enquadráveis no pressuposto de fato da norma, nos ocupamos, por conseguinte, da tarefa não menos importante de examinar seu preceito. A clareza textual do preceito contido na norma do artigo 98 facilita-nos o exame do mecanismo através do qual se garante o primado dos compromissos internacionalmente assumidos pelo Brasil sobre a legislação tributária interna.

Vejamos, então, a *occasio legis* e, posteriormente, em breves linhas, a legislação tributária interna e o respectivo primado.

7. No *occasio legis* a jurisprudência dominante à época

Salienta Gilberto de Ulhoa Canto⁴⁹ que o artigo 98 da Lei nº 5.172, de 25-10-66, apenas consagrou um princípio que ao tempo da elaboração do CTN era pacificamente aceito pelo Supremo Tribunal Federal. Ao comentar esse artigo, o referido autor faz menção a julgamento pelo Supremo de caso em que se invocara tratado de comércio entre o Brasil e o Uruguai, de 1942, em defesa da isenção de imposto de importação. Fixou-se, a partir de então, o princípio da prevalência do tratado, muito embora vários dispositivos posteriores, em disposições contrárias, previssessem a incidência do imposto.

O tratado a que Ulhoa Canto se referia era o Tratado de Comércio e Navegação entre o Brasil e o Uruguai, promulgado pelo Decreto nº 23.710, de 9 de janeiro de 1934, que consignava ser “completamente livre de direitos aduaneiros” a importação de gado bovino, ovino, eqüino, etc.

Posteriormente, a União, com base no Decreto nº 24.343, de 1934, e nos Decretos-Leis de nº 2.619 e nº 2.878, ambos de 1940, passou a exigir direitos aduaneiros, não obstante o claro texto do tratado.

“Considerou a Corte que essas leis não eram poderosas o bastante para tornar sem efeito a norma isentiva do tratado, porque este, depois de aprovado pelo Brasil, pela forma que a Constituição

48. Gmür, *apud* Maximiliano in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, 1991, 11ª edição, p. 154.

49. CANTO, Gilberto de Ulhoa: “Legislação Tributária, sua vigência, sua eficácia, sua aplicação, interpretação e integração”. *Revista Forense*, v. 267, p. 27.

sin que se alteren los textos, se desenvuelve por medio de la interpretación y complementando lagunas”⁴⁸.

La intención del legislador, motivada por las circunstancias relevantes en la época de la elaboración de la ley, como veremos, en el ítem siguiente, corrobora nuestra opinión en cuanto al sentido actual del artículo 98 del Código Tributario Nacional, o sea, él de garantizar, en el campo tributario, la eficacia de los compromisos internacionalmente asumidos por el Brasil, los cuales deberán ser respetados por el legislador común federal, estadual y municipal.

Examinadas las hipótesis encuadrables en la presuposición del hecho de la norma, nos ocupamos, por consiguiente, de la tarea no menos importante de examinar su precepto. La claridad textual del precepto contenido en la norma del artículo 98 nos facilita el examen del mecanismo a través del cual se garantiza la supremacía de los compromisos internacionalmente asumidos por el Brasil sobre la legislación tributaria interna.

Veamos, entonces, la *occasio legis* posteriormente, en breves líneas, la legislación tributaria interna y la respectiva supremacía.

7. En la *occasio legis* la jurisprudencia dominante en la época

Destaca Gilberto de Ulhoa Canto⁴⁹ que el artículo 98 de la Ley 5.172, del 25-10-66, sólo consagró un principio que en el momento de la elaboración del CTN, era tranquilamente aceptado por el Supremo Tribunal Federal. Al comentar ese artículo, el referido autor hace mención a la opinión del Supremo de que se invocara el tratado de comercio entre el Brasil y el Uruguay, de 1942, en defensa de la exención de impuesto de importación. Se fijó, a partir de entonces, el principio del prevalecimiento del tratado, aunque varias disposiciones posteriores, en resoluciones contrarias, previesen la incidencia del impuesto.

El tratado a que Ulhoa Canto se refería era el Tratado de Comercio y Navegación entre el Brasil y el Uruguay, promulgado por el Decreto nº 23.710, del 9 de enero de 1934, que consignaba ser “completamente libre de derechos aduaneros” la importación de ganado bovino, ovino, equino, etc.

Posteriormente, la Unión, en base al Decreto nº 24.343, de 1934, y en los Decretos Leyes de nº 2.619 y nº 2.878, ambos de 1940, pasó a exigir derechos aduaneros, no obstante el claro texto del tratado:

“Consideró la Corte que esas leyes no eran poderosas lo bastante para dejar sin efecto la norma de exención del tratado, porque éste, una vez aprobado por el Brasil, por la forma que la Constitución

48. Gmür, *apud* Maximiliano, in *Hermenêutica y Aplicación del Derecho*, Forense, 1991, 11ª edición, p. 154.

49. Canto, Gilberto de Ulhoa, “Legislación Tributaria, su vigencia, su eficacia, su aplicación, interpretación y integración”. *Revista Forense*, vol. 267, p. 27.

prevê, se integra na legislação interna, mas tem preeminência sobre as normas nacionais contrárias, até que seja denunciado. A esta orientação, o Supremo Tribunal Federal se ateve por muitos anos. Quando elaboramos o anteprojeto do CTN consignamos o princípio porque tínhamos plena convicção de que, além de prevalecer na jurisprudência, era certo⁵⁰.

Predominava, no Supremo Tribunal Federal, particularmente sob a presidência de Orosimbo Nonato, a orientação monista do primado do direito internacional. Em diversos julgados⁵¹, reiterou a Corte Suprema a proeminência do tratado sobre lei posterior ao longo das décadas de 40 e 50.

8. A expressão "legislação tributária"

A expressão "legislação tributária" vem definida pelo próprio Código Tributário Nacional. Reaparece, no artigo 96 do CTN, a preocupação didática que orientou a confecção da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, no sentido de esclarecer minuciosamente e detalhadamente várias expressões utilizadas pela Constituição Federal, que até então não haviam sido definidas com maior precisão.

Da seguinte forma tratou o art. 96 de determinar-lhe o significado e o alcance:

"A expressão "legislação tributária" compreende as leis, os tratados e as convenções, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos ou relações jurídicas a eles pertinentes."

Observe-se que disciplinar o tributo, qualquer tributo, nas suas mais variadas fases, bem como regular o poder fiscal⁵², são características próprias das normas tributárias, as quais se manifestam nos diferentes diplomas elencados no texto do artigo 96.

Assim, desde que tenham por conteúdo a criação, majoração, redução, isenção ou extinção de tributos, cominação ou dispensa de penalidades tributárias, quaisquer situações passíveis de instituir obrigação tributária, crédito tributário e ainda outras situações que guardem relação com tributação, os atos pertencentes às categorias elencadas no art. 96 estarão abrangidos pela expressão "legislação tributária".

Observamos que o disposto no artigo supracitado faz referência às fontes formais primárias e também às complementares.

50. *Idem*, p. 27.

51. Vide Ap. Cível nº 8.332, in DJU, 7-12-44, p. 5.688; Ap. Cível nº 8.992, in *O Direito* LXVI, p. 99; Aps. Cíveis nº 9.593 e nº 9.594, in *Arquivo Judiciário* nº 107 e nº 116, às páginas 55 e 335, respectivamente.

52. MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*, Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 430.

prevee, se integra en la legislación interna, pero tiene preeminencia sobre las normas nacionales contrarias, hasta que sea denunciado. A esta orientación, el Supremo Tribunal Federal se atuvo por muchos años. Cuando elaboramos el anteproyecto del CTN consignamos el principio porque teníamos plena convicción de que, además de prevalecer en la jurisprudencia, era correcto"⁵⁰.

Predominaba en el Supremo Tribunal Federal, particularmente bajo la presidencia de Ososimbo Nonato, la orientación monista de la primacía del derecho internacional. En diversos juicios⁵¹ reiteró la Corte Suprema la preeminencia del tratado sobre la ley posterior a lo largo de las décadas del 40 al 50.

8. La expresión "legislación tributaria"

La expresión "legislación tributaria" viene definida por el propio Código Tributario Nacional. Reaparece, en el artículo 96 del CTN, la preocupación didáctica que orientó la confección de la Ley nº 5.172, del 25 de octubre de 1966, en el sentido de aclarar minuciosamente y detalladamente varias expresiones utilizadas por la Constitución Federal, que hasta entonces no habían sido definidas con mayor precisión.

De la siguiente forma trató el art. 96 de determinarle el significado y el alcance:

"La expresión "legislación tributaria" comprende las leyes, los tratados y las convenciones, los decretos y las normas complementares que versen, en un todo o en parte, sobre tributo o relaciones jurídicas a ellos pertinentes."

Obsérvese que reglamentar el tributo, cualquier tributo, en sus más variadas fases, así como reglamentar el poder fiscal⁵², son características propias de las normas tributarias, las cuales se manifiestan en los diferentes diplomas que constan en el texto del artículo 96.

Por lo tanto, siempre que tengan por contenido la creación, mejora, reducción, exención o extinción de tributos, conminación o exoneración de penalidades tributarias, cualquier situación pasible de instituir obligación tributaria, crédito tributario e incluso otras situaciones que guarden relación con tributación los actos pertenecientes a las categorías listadas en el art. 96 estarán comprendidos en la expresión "legislación tributarias".

Observamos que lo dispuesto en el artículo arriba citado hace referencia a las fuentes formales primarias y también a las complementares.

50. *Idem*, p. 27.

51. Vide Ap. Civil nº 8.332, in DJU, 7-12-44, p. 5.688; Ap. Civil nº 8.992, in *El Derecho* LXVI, p. 99; Aps. Cíviles nº 9.593 y nº 9.594 in *Arquivo Judicial* nº 107 y nº 116; páginas 55 y 335, respectivamente.

52. MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Derecho Tributario*, Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 430.

Não se pode, pois, confundir lei tributária (sentido genérico ou estrito), que abrange apenas uma das fontes formais principais de direito objetivo, com legislação tributária, expressão gênero que compreende todas as fontes formais de direito tributário.

Devem, logo, ser entendidos como legislação tributária as leis (Constituição, emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções), os tratados e demais acordos internacionais e o decreto. Não se esgota aí o campo de alcance da expressão. Ao falar em "normas complementares", o CTN nela também inclui as fontes formais secundárias, complementares das Leis, Tratados e demais Acordos e dos Decretos, que posteriormente seu artigo 100 trata de especificar, nos incisos I e IV, como sendo os atos administrativos normativos, a jurisprudência, o costume e os convênios internos.

9. O primado

Ao examinarmos o mandamento contido no artigo 98 do Código Tributário Nacional, cumpre-nos fazer uma remissão às considerações já tecidas com relação ao sistema de recepção das normas convencionais adotado pelo Estado brasileiro. São igualmente válidos, aqui, os comentários que expusemos relativamente à questão em face da nossa ordem constitucional.

Haverá, também com relação à matéria tributária, uma aplicabilidade direta, sem necessidade de ato de transformação dos dispositivos convencionais que, na qualidade de tratados internacionais, independente da variante terminológica que ocorra por nomear o compromisso, integrar-se-ão, sem mais, no direito interno brasileiro.

O artigo 98 do CTN se consubstancia numa cláusula de recepção automática especial, muito clara no que se refere especificamente ao seu precepto. No tocante ao problema da recepção das normas internacionais de origem convencional, em nada ela faz divergir a inserção das disposições de natureza tributária dos tratados internacionais em relação àquelas pertinentes às demais matérias passíveis de regulamentação internacional. Obedecem, via de regra, ao mesmo processo de conclusão do vínculo definitivo no plano internacional, ao qual se submetem os acordos sobre as mais diversas matérias.

Assim sendo, uma vez incorporadas ao direito tributário interno no Brasil, revogarão, automaticamente, os dispositivos da legislação tributária interna no que estes lhes forem contrários.

A parte final do artigo, "...e serão observadas pela que lhes sobrevenha", traduz um certo paralelismo entre vigência interna e vigência internacional. Não há paralelismo quanto ao momento da entrada em vigor na ordem interna e internacional, visto que a vigência interna é estabelecida a partir da publicação do ato no *Diário Oficial* da União, que, freqüentemente, se dá após já ter sido iniciada a vigência no plano externo, uma vez atingido um número mínimo necessário de ratificações.

No se puede, pues, confundir ley tributaria (sentido genérico o estricto), que alcanza solamente una de las fuentes formales principales del derecho objetivo, con legislación tributaria, expresión género que comprende todas las fuentes formales de derecho tributario.

Deben, entonces, ser entendidas como legislación tributaria las leyes (Constitución, enmiendas a la Constitución, leyes complementares, leyes ordinarias, leyes delegadas, medidas provisionales, decretos legislativos y resoluciones), los tratados y demás acuerdos internacionales y los decretos. No se agota allí el campo de alcance de la expresión. Al hablar en "normas complementares", el CTN en ella también incluye las fuentes formales secundarias, complementares de las leyes, tratados y demás acuerdos y de los decretos, que posteriormente su artículo 100 trata de especificar, en los incisos I a IV, como siendo los actos administrativos normativos, la jurisprudencia, la costumbre y los convenios internos.

9. La primacía

Al examinar el mandamiento contenido en el artículo 98 del Código Tributario Nacional, nos cabe hacer una remisión a las consideraciones ya elaboradas con relación al sistema de recepción de las normas convencionales adoptado por el Estado brasileño. Son igualmente válidos, aquí, los comentarios que expusimos relacionados con el asunto ante nuestro orden constitucional.

Habrà, también en relación con la materia tributaria, una aplicabilidad directa, sin necesidad de un acto de transformación de las disposiciones convencionales que, en la calidad de tratados internacionales, independiente de la variante terminológica que tenga lugar al nombrar el compromiso, se integrarán, sin más, al derecho interno brasileño.

El artículo 98 del CTN se consubstancia en una cláusula de recepción automática especial, muy clara en lo que se refiere específicamente a su precepto. En lo concerniente al problema de la aceptación de las normas internacionales de origen convencional, no hace divergir en nada a la inserción de las disposiciones de naturaleza tributaria de los tratados internacionales relativos a aquéllas pertinentes a las demás materias pasibles de reglamentación internacional. Obedecen, usualmente, al mismo proceso de conclusión del vínculo definitivo en el plano internacional al cual se someten los acuerdos sobre las más diversas materias.

Siendo, así, una vez incorporadas al derecho tributario interno del Brasil revocarán, automáticamente, las disposiciones de la legislación tributaria interna en lo que éstos les fueran contrarios.

La parte final del artículo, "... y serán observados por la que les sobrevenga", traduce un cierto paralelismo entre vigencia interna y vigencia internacional. No hay paralelismo en lo relativo al momento de la entrada en vigencia en el orden interno e internacional, dado que la vigencia interna se establece a partir de la publicación del acto en el *Diario Oficial* de la

O paralelismo se dá quanto à prolongação, no tempo, dessa vigência. Enquanto as normas internacionais de origem convencional, vinculatórias do Estado brasileiro, não tiverem deixado de vigorar na ordem internacional, não serão desprovidas de sua força cogente na ordem interna.

A norma tributária de produção interna não tem força para modificar normas internacionais sobre a matéria. O preceito impõe que as últimas sejam respeitadas; reiteramos: "... e serão observadas pela que lhes sobrevenha".

Encontra-se, em vista do teor do preceito em tela, definitivamente excluída a possibilidade da edição de lei interna contrária aos compromissos internacionalmente assumidos relativamente a tributos ou relações a eles pertinentes.

Ainda que no restrito campo do direito tributário, haverá que se proceder à denúncia do acordo internacional que não mais convenha ao País, antes de se editar legislação interna contrária.

A norma do artigo 98 do CTN está, ainda, condicionando o Estado brasileiro a uma conduta consistente em relação ao direito das gentes. Uma determinada expressão de direito deve ser desconstituída da mesma forma que se constituiu. Assim como o tratado é negociado e concluído no âmbito do direito internacional, será também no espaço internacional, através da denúncia, que terá que ser desconstituído o compromisso assumido. Não havendo mais interesse, por parte do Brasil, de se manter vinculado a determinado acordo, basta que se proceda à sua denúncia na esfera competente para tal.

A peculiaridade da hierarquia que estatui o artigo 98 do CTN advém, conforme vimos, de sua caracterização como lei complementar. A lei ordinária federal, estadual ou municipal que se oponha às normas convencionais será nula "mas em razão de outro conflito: o que a contrapõe à lei complementar"⁵³.

É firme a orientação monista que aproxima o dispositivo da concepção mais pura da teoria de Hans Kelsen. Parecerá, talvez, curiosa a clareza de enfoque da norma do artigo 98 do CTN se contraposta à incipiência dos dispositivos constitucionais que regulam a questão das relações entre o direito das gentes e a ordem jurídica brasileira. Ao mesmo tempo em que proclamam a integração econômica, política, social e cultural como princípio e admitem a aplicabilidade direta das normas internacionais convencionais, não as "subtraem às vicissitudes de humor do legislador ordinário"⁵⁴.

Ao quadro que se apresenta no âmbito da ordem constitucional brasileira encaixa-se perfeitamente a expressão de Paul de Visscher⁵⁵ ao dizer que "a

53. REZEK, *op. cit.*, p. 475.

54. RAMOS, Rui Moura, *op. cit.*, p. 149.

55. Paul de Visscher, *apud* SOARES, Albino Azevedo. *Op. cit.*, p. 71.

Unión, que, frecuentemente, se da después de haber sido iniciada la vigencia en el plano externo, una vez alcanzado un número mínimo necesario de ratificaciones.

El paralelismo se da en lo que se refiere a prolongación, en el tiempo de esa vigencia. Mientras las normas internacionales de origen convencional, vinculatorias del Estado brasileño, no hayan dejado de estar en vigencia en el orden internacional, no estarán desprovistas de su fuerza en el orden interno.

La norma tributaria de producción interna no tiene fuerza para modificar normas internacionales sobre la materia. El precepto impone que las últimas sean respetadas; reiteramos: "... y serán observadas por la que les sobrevenga".

Se encuentra, ante el tenor del precepto en pauta, definitivamente excluída la posibilidad de la edición de ley interna contraria a los compromisos internacionalmente asumidos relativos a tributos o relaciones a ellos pertinentes.

Aun en el campo restringido del derecho tributario, habrá que procederse a la denuncia del acuerdo internacional que no más convenga al País, antes de editarse la legislación interna contraria.

La norma del artículo 98 del CTN está, aún, condicionando el Estado brasileño a una conducta consistente en relación con el derecho de gentes. Una determinada expresión de derecho debe ser desconstituída de la misma forma que se constituyó. Así como el tratado es negociado y concluído en el ámbito del derecho internacional, será también en el espacio internacional, a través de la denuncia, que tendrá que ser desconstituído el compromiso asumido. No habiendo más interés por parte del Brasil de mantenerse vinculado a determinado acuerdo, basta que se proceda a su denuncia en la esfera competente para tal fin.

La peculiaridad de la jerarquía que establece el artículo 98 del CTN proviene, según vimos, de su caracterización como ley complementar. La ley ordinaria federal, estadual o municipal que se oponga a las normas convencionales será nula "pero en razón de otro conflicto: él que la contrapone a la ley complementar"⁵³.

Es firme la orientación monista que aproxima la disposición de la concepción más pura de la teoría de Hans Kelsen. Parecerá, tal vez, curiosa la claridad de enfoque de la norma del artículo 98 del CTN sí en contraposición a la debilidad de las disposiciones que reglamentan la cuestión de las relaciones entre el derecho de gentes y el orden jurídico brasileño. Al mismo tiempo en que proclamam la integración económica, política, social y cultural como principio y admiten la aplicabilidad directa de las normas internacionales convencionales, no las "subtraen a las vicissitudes de humor del legislador común"⁵⁴.

Al cuadro que se presenta en el ámbito del orden constitucional brasileño se encaja perfectamente la expresión de Paul de Visscher⁵⁵ al decir que "la

53. Rezek, *Op. cit.*, p. 475.

54. RAMOS, Rui Moura, *OP. cit.*, p. 149.

55. PAUL DE VISSCHER, *apud* SOARES, Albino Azevedo. *Op. cit.*

sociedade internacional é bem mais do que uma sociedade de justaposição, mas bem menos que uma sociedade de integração". É difícil, portanto, que o direito segundo o qual os Estados se regem nas suas relações internacionais não reflita essa indefinição.

PARTE II O artigo 98 do CTN e o Mercosul

Procuramos até aqui verificar a orientação da ordem jurídica brasileira com respeito ao direito das gentes, questão desdobrada, como se observou, nos problemas da inserção e da hierarquia das normas convencionais internacionais. Vimos a regra geral, que deve depreender-se da nossa Magna Carta, do entendimento dos doutrinadores e magistrados, bem como da experiência brasileira no tocante aos tratados internacionais, nomeadamente as práticas legislativa e jurisprudencial. Vimos também a regra específica, consubstanciada no artigo 98 do CTN, que disciplina a questão do plano do direito tributário.

Esse dispositivo, com efeito, constitui o interesse principal do presente trabalho. Assim, buscamos examinar a posição que detém o art. 98 do CTN no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os efeitos que nele provoca, quais sejam a aplicabilidade direta e o primado da norma convencional internacional de direito tributário. Mas há que salientar aqui o fato de que tal disposição interessa, fundamentalmente, pelas conseqüências que possa gerar no âmbito do Mercosul. Passamos então a examiná-la no plano do processo de integração em causa, iniciando por um estudo histórico que nos parece relevante.

CAPÍTULO I O processo de integração no Cone Sul

1. *Dados históricos*

O processo de integração no Cone Sul evoluiu do estreitamento das relações de cooperação entre a Argentina e o Brasil, até chegar ao Mercosul, o qual possibilitou a participação do Paraguai e do Uruguai. Tal processo, embora tenha suas raízes em tempo mais distante, vem tomando feições concretas desde 1985. Com efeito, foi após o encontro dos Presidentes José Sarney e Raul Alfonsín em Foz do Iguaçu, nos dias 29 e 30 de novembro do referido ano, que se intensificou a cooperação entre a Argentina e o Brasil, tendo como escopo principal a "criação de um espaço econômico comum"⁵⁶

56. Assim se depreende da parte introdutória da Ata para a Cooperação e Integração; veja-se nota 58.

sociedad internacional es bien más que una sociedad de yuxtaposición, pero bien menos que una sociedad de integración" es difícil, por lo tanto, que el derecho según el cual los Estados se regen en sus relaciones internacionales no refleje esa indefinición.

PARTE II El artículo 98 del CTN y el Mercosur

Tratamos hasta aquí de examinar la orientación del orden jurídico brasileño con respecto al derecho de gentes, asunto dividido, como se observó en los problemas de la inserción y de la jerarquía de las normas convencionales internacionales. Vimos la regla general, que debe deducirse de nuestra Carta Magna, del entendimiento de los doctrinadores y magistrados, así como de la experiencia brasileña en lo concerniente a los tratados internacionales, principalmente las prácticas legislativa y jurisprudencial. Vimos también la regla específica, consubstanciada en el artículo 98 del CTN, que reglamenta el cuestión del plano del derecho tributario.

Esa disposición, en efecto, constituye el interés principal del presente trabajo. Así, buscamos examinar la posición que mantiene el art. 98 del CTN en el ordenamiento jurídico brasileño, así como los efectos resultantes, cualquiera sea la aplicabilidad directa y la primacía de la norma convencional internacional de derecho tributario. Pero hay que destacar aquí el hecho de que tal disposición interesa, fundamentalmente, por las consecuencias que pueda generar en el ámbito del Mercosur. Pasamos entonces a examinarla en el plano del proceso de integración en pauta, comenzando por un estudio histórico que nos parece importante.

CAPÍTULO I El proceso de integración en el Cono Sur

1. *Datos históricos*

El proceso de integración en el Cono Sur evolucionó a partir del estrechamiento de las relaciones de cooperación entre la Argentina y el Brasil, hasta llegar al Mercosur, el cual permitió la participación del Paraguay y del Uruguay. Tal proceso, aunque tenga sus raíces en un tiempo más distante, viene tomando aspectos concretos desde 1985. En efecto, fue después del encuentro de los Presidentes José Sarney y Raúl Alfonsín en Foz de Iguazú, los días 29 y 30 de noviembre del referido año que se intensificó la cooperación entre la Argentina y el Brasil, teniendo como objetivo principal la "creación de un espacio económico común"⁵⁶

56. Así se deduce de la parte introductoria del Acta para la Cooperación e Integración; véase nota 58.

Do trabalho de uma "Comissão Mista de alto nível"⁵⁷, criada no referido encontro presidencial, surgiu o Programa de Integração e Cooperação Econômica (PICE), que tem como instrumento jurídico básico a Ata de Cooperação e Integração e consubstancia-se em uma série de protocolos⁵⁸. Estes últimos versam sobre setores diversos, tais como bens de capital, trigo, produtos alimentícios industrializados, assuntos financeiros, siderurgia, etc.

Por necessidade de adaptar-se às exigências formais da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), o Protocolo nº 1, que trata do comércio dos bens de capital, foi substituído pelo Acordo de Alcance Parcial de Complementação Econômica⁵⁹. Também o Protocolo da indústria alimentícia, transformado no Acordo de Complementação Econômica nº 12 (ACE-12), o Protocolo da indústria automotriz, bem como o relativo à cooperação nuclear, foram reunidos, no seu conjunto, em um único instrumento, qual seja, o Acordo de Complementação Econômica (ACE-14)⁶⁰, que também atende às formalidades exigidas pela ALADI.

Em 1988, mais um impulso à integração argentino-brasileira foi dado pelos presidentes de ambos os países, ao assinarem o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, que também está contido no ACE-14. Ficou estabelecido então um prazo de dez anos para a constituição de um espaço econômico comum entre os dois países envolvidos, a ser concretizado por meio da eliminação de todas as restrições tarifárias e não tarifárias ao comércio de bens e serviços, bem como da harmonização de políticas macroeconômicas.

Entretanto, foi em 6 de julho de 1990 que esse processo viu-se realmente acelerado, pois nessa oportunidade foi assinada a Ata de Buenos Aires, que estabeleceu a data de 31 de dezembro de 1994 para a constituição de um mercado comum entre a Argentina e o Brasil. Paralelamente, tiveram andamento as negociações com o Paraguai e o Uruguai, tratativas que resultaram na assinatura do Tratado de Assunção, instrumento constituinte do Mercosul.

O Tratado de Assunção, assinado em 26 de março de 1991, por sua vez, mantém a data de 31 de dezembro de 1994 para a constituição de um mercado comum e estabelece, como instrumentos de integração, um programa de liberação comercial, a implantação de uma tarifa externa comum, a harmonização de políticas macroeconômicas e a adoção de acordos setoriais.

57. Conforme dispõe a Ata de Cooperação e Integração.

58. A Ata de Cooperação e Integração foi assinada pelos presidentes do Brasil e da Argentina em 29 de julho de 1986 em Buenos Aires.

59. O Acordo de Alcance Parcial de Complementação Econômica foi assinado em 10 de dezembro de 1986 em Brasília.

60. O ACE-14 foi assinado em dezembro de 1990.

Del trabajo de una "comisión mixta de alto nivel"⁵⁷, creada en el referido encuentro presidencial, surgió el Programa de Integración y Cooperación Económica (PICE), que tiene como instrumento jurídico básico el Acta de Cooperación e Integración, y se consubstancia en una serie de protocolos⁵⁸. Estos últimos versan sobre diversos sectores, tales como bienes de capital, trigo, productos alimenticios industrializados, asuntos financieros, siderurgia", etc.

Por necesidad de adaptarse a las exigencias formales de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), el Protocolo nº 1, que trata del comercio de los bienes de capital, fue substituído por el Acuerdo de alcance Parcial de Complementación Económica⁵⁹. También el Protocolo de la industria alimenticia, transformado en el Acuerdo de Complementación Económica nº 12 (ACE-12), el Protocolo de la industria automotriz, así como el relativo a la cooperación nuclear fueron reunidos, en conjunto, en un único instrumento, que es el Acuerdo de Complementación Económica (ACE-14)⁶⁰, que también atiende a las formalidades exigidas por la ALADI.

Em 1988, un impulso más hacia la integración argentino-brasileña fue dado por los Presidentes de ambos países, al firmar el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo, que también está contenido en el ACE-14. Quedó establecido entonces un plazo de diez años para la constitución de un espacio económico común entre los dos países participantes, a ser concretizado por medio de la eliminación de todas las restricciones tarifarias y no tarifarias en el comercio de bienes y servicios, así como de la armonización de políticas macroeconómicas.

Entretanto, fue el 6 de julio de 1990 que ese proceso se vio realmente acelerado, pues en esa oportunidad fue firmada el Acta de Buenos Aires, que estableció la fecha de 31 de diciembre de 1994 para la constitución de un mercado común entre la Argentina y el Brasil. Paralelamente, siguieron su curso las negociaciones con el Paraguay y el Uruguay, tratativas que resultaron en la firma del Tratado de Asunción, instrumento constituyente del Mercosur.

El Tratado de Asunción, firmado el 26 de marzo de 1991, a su vez, mantiene la fecha de 31 de diciembre de 1994 para la constitución de un mercado común y establece, como instrumentos de integración, un Programa de Liberación Comercial, la implantación de una tarifa externa común, la armonización de políticas macroeconómicas y la adopción de acuerdos sectoriales.

57. De acuerdo con lo dispuesto por el Acta de Cooperación e Integración.

58. El Acta de Cooperación e Integración fue firmada por los Presidentes del Brasil y de la Argentina el 29 de julio de 1986 en Buenos Aires.

59. El Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica fue firmado el 10 de diciembre de 1986 en Brasília.

60. El ACE-14 fue firmado en diciembre de 1990.

O Mercosul representa, como se percebe, o aprofundamento do processo de cooperação e integração entre a Argentina e o Brasil, na medida em que configura objetivos novos e mais ambiciosos para esse processo, e o alargamento do mesmo, visto que incluiu o Paraguai e o Uruguai, e prevê, mesmo dentro de certas condições, a adesão de determinados países⁶¹.

2. Os acordos em vigor

Ao longo dos últimos anos, como vimos, uma série de documentos foi produzida no âmbito do processo de integração em causa. Dentre eles, existem aqueles de caráter político-declaratório e aqueles de caráter jurídico-formal. Os primeiros, como o próprio nome já diz, são instrumentos políticos por meio dos quais os presidentes declaram intenções; os segundos, por sua vez, constituem instrumentos jurídicos que vinculam os Estados e contêm normas em sentido próprio. Nessa segunda categoria, que nos interessa particularmente, figuram a Ata de Cooperação e Integração, os Protocolos celebrados no âmbito do PICE, o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, a Ata de Buenos Aires e o Tratado de Assunção.

A Ata de Cooperação e Integração (1986) estabeleceu o PICE, no âmbito do qual foi celebrada uma série de protocolos. Nesses documentos existem normas que dizem respeito somente aos Estados, tais como aquelas que prevêm a realização de estudos econômicos em conjunto, ou aquelas que determinam a criação de comissões; há também neles, entretanto, outras normas que dizem respeito aos particulares, principalmente aquelas que prevêm a eliminação de barreiras alfandegárias e não alfandegárias, ou a não-discriminação dos produtos estrangeiros em relação aos produtos nacionais similares. Tanto a Ata de Cooperação e Integração como alguns dos protocolos foram reunidos, como vimos acima, no ACE-14, devidamente ratificado pela Argentina e pelo Brasil, estando assim em pleno e incontestável vigor entre esses países.

Já o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento (1988), embora tenha sido observado quando da realização do ACE-14, encontra-se em grande parte revogado pelo Tratado de Assunção. Com efeito, este último se sobrepõe àquele primeiro, na medida em que prevê diferentes etapas, prazos e instrumentos para o processo de integração entre a Argentina e o Brasil, envolvendo agora o Paraguai e o Uruguai.

É esse também o caso da Ata de Buenos Aires, que, mesmo tendo visto seus prazos mantidos pelo Tratado de Assunção, foi por este em grande

61. o art. 20 do Tratado de Assunção prevê a adesão dos demais membros da ALADI e determina as condições para tal.

El Mercosur representa, como se percibe, la profundidad del proceso de cooperación e integración entre la Argentina y el Brasil, en la medida en que configura objetivos nuevos y más ambiciosos para ese proceso, y el ensanchamiento del mismo, dado que incluyó al Paraguay y al Uruguay, y prevee asimismo, dentro de ciertas condiciones, la adhesión de determinados países⁶¹.

2. Los acuerdos en vigencia

A lo largo de los últimos años, como vimos, una serie de documentos fue elaborada en el ámbito del proceso de integración en pauta. Dentro de ellos, existen aquéllos de carácter político/declaratorio y aquéllos de carácter jurídico-formal. Los primeros, como el propio nombre ya dice, son instrumentos políticos por medio de los cuales los Presidentes declaran intenciones; los segundos, por su vez, constituyen instrumentos jurídicos que vinculan los Estados y contienen normas en sentido propio. En esa segunda categoría, que nos interesa específicamente, figuran el Acta de Cooperación e Integración, los protocolos celebrados en el ámbito del PICE, el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo, el Acta de Buenos Aires y el Tratado de Asunción.

El Acta de Cooperación e Integración (1986) estableció el PICE, en cuyo ámbito fueron establecidos una serie de protocolos. En esos documentos existen normas que hablan solamente sobre los Estados, tales como aquéllas que prevén la realización de estudios económicos en conjunto, o aquéllas que determinan la creación de comisiones; hay también en ellos, sin embargo, otras normas que establecen ítems específicos, principalmente aquéllas que prevén la eliminación de barreras aduaneras y no aduaneras, o la no discriminación de los productos extranjeros en relación con los productos nacionales similares. Tanto el Acta de Cooperación e Integración como algunos de los protocolos fueron reunidos, como vimos arriba, en el ACE-14, debidamente ratificado por la Argentina y por el Brasil, estando así en plena e incuestionable vigencia entre esos países.

Ya el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo (1988), aunque haya sido observado en lo que a realización del ACE-14 se refiere, se encuentra en gran parte revocado por el Tratado de Asunción. En efecto, este último se sobrepone al primero, en la medida en que prevee diferentes etapas, plazos e instrumentos para el proceso de integración entre la Argentina y el Brasil, envolviendo ahora el Paraguay e el Uruguay.

Es ese también el caso del Acta de Buenos Aires, que aún habiendo visto sus plazos mantenidos por el Tratado de Asunción, fue por éste en grande parte substituído. De hecho, el proceso de integración entre la Argen-

61. El art. 20 del Tratado de Asunción prevee la adhesión de los demás miembros de la ALADI y determina las condiciones para tal.

parte substituída. De fato, o processo de integração entre a Argentina e o Brasil adquiriu novas feições quando da inclusão do Paraguai e do Uruguai, passando a ser então regulado pelo Tratado de Assunção.

O mais importante, abrangente e ambicioso dentre os acordos que procuramos aqui identificar é, sem dúvida, o Tratado de Assunção, assinado em 26 de março de 1991, ratificado pelos Estados contratantes e em vigor para os mesmos desde 29 de novembro do mesmo ano. Tal Tratado prevê a constituição de um mercado comum entre o Paraguai, o Uruguai, a Argentina e o Brasil até 1994, o que implicará, conforme o art. 1º, a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos. No seu conteúdo, o Tratado dispõe fundamentalmente sobre questões relativas ao período de transição, que vai até 31 de dezembro de 1994. Assim, entre outras medidas, estabelece instrumentos de integração, cria órgãos, fixa o sistema de tomada de decisões.

Segundo o art. 8º do Tratado, porém, os Estados-Membros comprometem-se a preservar seus acordos internacionais anteriormente celebrados. Portanto, os acordos de integração pactuados somente entre a Argentina e o Brasil continuarão a vigorar entre esses países, mesmo com o advento do Mercosul, podendo, no âmbito deste, virem a ser estendidos ao Paraguai e ao Uruguai, ou, ao contrário, serem mantidos apenas entre os primeiros.

O mesmo art. 8º, que nos levou a tecer considerações a respeito dos acordos celebrados entre alguns dos quatro Estados-Membros do Mercosul, aplica-se também aos acordos celebrados entre esses e Estados terceiros, particularmente os membros da ALADI. Sendo os quatro países envolvidos no processo de integração em causa signatários do Tratado de Montevideu 1980, que institui a ALADI, estando assim submetidos às formas de integração por ela previstas, convém localizar a inserção dos acordos descritos dentro da ordem regional em que se encontram, a saber, o ordenamento jurídico da ALADI.

O Tratado de Montevideu 1980, no seu art. 4º, prevê a formação de acordos de alcance parcial, que, conforme o art. 7º do mesmo documento, são definidos como "aqueles de cuja celebração não participa a totalidade dos países-membros e propenderão a criar as condições necessárias para aprofundar o processo de integração regional, através de sua progressiva multilateralização". Ainda o mesmo Tratado dispõe, no seu art. 8º, que "os acordos de alcance parcial poderão ser comerciais, de complementação econômica, agropecuários, de promoção do comércio ou adotar outras modalidades".

Se nos ativermos ao fato, já acima mencionado, de que o Protocolo nº 1 foi substituído pelo Acordo de Alcance Parcial de Complementação Econômica, o mesmo ocorrendo mais tarde com alguns outros protocolos, que foram incluídos nos Anexos do ACE-14 (também um acordo de complementação econômica), constataremos a prática no sentido de promover a

tina y el Brasil adquirió nuevos aspectos cuando se incluyeron el Paraguay y el Uruguay, pasando a ser entonces reglamentado por el Tratado de Asunción.

El más importante, amplio y ambicioso entre los acuerdos que aquí tratamos de identificar es, sin duda, el Tratado de Asunción, firmado el 26 de marzo de 1991, ratificado por los Estados contratantes y en vigencia para los mismos desde el 29 de noviembre del mismo año. Tal Tratado prevee la constitución de un mercado común entre el Paraguay, el Uruguay, la Argentina y el Brasil hasta 1994, lo que implicará, según el artículo 1ro, la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos. En su contenido, el Tratado dispone fundamentalmente sobre asuntos relativos al período de transición, que va hasta el 31 de diciembre de 1994. Así, entre otras medidas, establece instrumentos de integración, crea órganos, fija el sistema de toma de decisiones.

Según el art. 8vo. del Tratado, los Estados Miembros se comprometen a preservar sus acuerdos internacionales anteriormente celebrados. Por lo tanto, los acuerdos de integración pactados solamente entre la Argentina y el Brasil continuarán a regir entre esos países, incluso con el advenimiento del Mercosur, pudiendo, dentro de su ámbito, ser extendidos al Paraguay y al Uruguay, o, por el contrario, ser mantenidos únicamente entre los primeros.

El mismo art. 8vo. que nos llevó a hacer consideraciones sobre los acuerdos celebrados entre algunos de los cuatro Estados Miembros del Mercosur, se aplica también a los acuerdos celebrados entre esos Estados y terceros, específicamente los miembros de la ALADI. Estando los cuatro países involucrados en el proceso de integración mencionado, signatarios del Tratado de Montevideo 1980, que instituyó la ALADI, estando así sometidos a las formas de integración por ella previstas, conviene localizar la inserción de los acuerdos descriptos dentro del orden regional en que se encuentran, a saber, el ordenamiento jurídico de la ALADI.

El tratado de Montevideo de 1980, en su art. 4o., prevee la formación de acuerdos de alcance parcial, que, según el art. 7mo. del mismo documento, son definidos como "aquéllos de cuya celebración no participa la totalidad de los países miembros y propenderán a crear las condiciones necesarias para profundizar el proceso de integración regional, a través de su progresiva multilateralización". Incluso el mismo Tratado dispone, en su art. 8vo., que "los acuerdos de alcance parcial podrán ser comerciales, de complementación económica, agropecuarios, de promoción del comercio o adoptar otras modalidades".

Sí nos atenemos al hecho, arriba mencionado, de que el Protocolo nº 1 fue substituído por el Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Econômica, ocurriendo lo mismo luego con algunos otros protocolos, que fueron incluídos en los Anexos del ACE-14 (também um acuerdo de complementación econômica), constataremos la práctica en el sentido de promover a

adaptação dos acordos entre a Argentina e o Brasil com relação às exigências da ALADI.

No conjunto dos acordos que procuramos descrever, convém identificar as disposições de natureza tributária, porque somente a elas se aplica o art. 98 do CTN. Tais disposições dividem-se basicamente em três ordens: a) eliminação (ou diminuição) da taxação alfandegária que incide sobre as transações comerciais entre os Estados; b) eliminação de restrições tarifárias e não tarifárias; c) não discriminação interna do produto estrangeiro em relação ao produto similar nacional.

Os protocolos contêm disposições de eliminação da taxação alfandegária que incide sobre o comércio entre os Estados, tais como o art. 4º, alínea *a* do Protocolo nº 1, que prevê alíquota alfandegária zero sobre o comércio de bens de capital entre a Argentina e o Brasil, e o art. 4º, alínea *b* do Protocolo nº 22, que também prevê alíquota alfandegária zero, desta vez para o comércio de produtos alimentícios industrializados. Também o Tratado de Assunção contêm disposições dessa natureza no seu Anexo I, que regula o Programa de Liberação Comercial.

Também nos protocolos, encontramos exemplos de disposições que determinam a eliminação de restrições não alfandegárias, como é o caso do art. 4º, alínea *b* do Protocolo nº 1, que versa sobre os bens de capital, ou do art. 3º, alínea *b* do Protocolo nº 21, que cuida do setor automobilístico. O Tratado de Assunção contêm disposições da mesma natureza também no Programa de Liberação Comercial, regulado pelo Anexo I.

Por último, disposições que prevêm a não discriminação interna do produto estrangeiro em relação ao produto similar nacional, que também são tidas como normas de assimilação do produto estrangeiro, são encontradas nos protocolos, como no art. 11, alínea *a* do Protocolo nº 1, disposição que trata das compras de bens de capital do setor público. Importante é, entretanto, o art. 7º do Tratado de Assunção, visto que configura o mesmo tipo de disposição, porém enquanto norma geral, não aplicável portanto a determinados setores somente. Tal norma dispõe que em "matéria de impostos, taxas e outros gravâmes internos, os produtos originários do território de um Estado-Parte gozarão, nos outros Estados-Partes, do mesmo tratamento que se aplique ao produto nacional".

CAPÍTULO II Os efeitos dos acordos

Passando a investigar os efeitos dos acordos descritos, trata-se agora de examinar em que termos dar-se-á sua aplicabilidade nos países-membros e que hierarquia desfrutarão nos ordenamentos jurídicos destes. A aplicabilidade da norma internacional está ligada ao problema da sua inserção no

la adaptación de los acuerdos entre la Argentina y el Brasil con relación a las exigencias de la ALADI.

En el conjunto de los acuerdos que tratamos de describir, conviene identificar las disposiciones de naturaleza tributaria, porque solamente a ellas se aplica el art. 98 del CTN. Tales disposiciones se dividen básicamente en tres órdenes: a) eliminación (o disminución) de la tasación aduanera que incide sobre las operaciones comerciales entre los Estados; b) eliminación de restricciones tarifarias y no tarifarias; c) no discriminación interna del producto extranjero en relación con el producto similar nacional.

Los protocolos contienen disposiciones de eliminación de la tasación aduanera que incide sobre el comercio entre los Estados, tales como el art. 4to., párrafo *a* Protocolo nº 1, que prevee alícuota aduanera cero sobre el comercio de bienes de capital entre la Argentina y el Brasil, y el art. 4to., párrafo *b* del Protocolo nº 22, que también prevee alícuota aduanera cero, esta vez para el comercio de productos alimenticios industrializados. También el Tratado de Asunción contiene disposiciones de esa naturaleza en su Anexo I, que reglamenta el Programa de Liberación Comercial.

También en los protocolos, encontramos ejemplos de disposiciones que determinan la eliminación de restricciones no aduaneras, como es el caso del art. 4to. párrafo *b* del Protocolo nº 1, que versa sobre los bienes de capital, o del art. 3ro. párrafo *b* del Protocolo nº 21, que cuida del sector automovilístico. El Tratado de Asunción contiene disposiciones de la misma naturaleza también en el Programa de Liberación Comercial, regulado por el Anexo I.

Por último, disposiciones que previenen la no discriminación interna del producto extranjero en relación con el producto similar nacional, que también son tenidas como normas de asimilación del producto extranjero, se encuentran en los protocolos, como en el art. 11, párrafo *a* del Protocolo nº 1, disposición que trata de las compras de bienes de capital del sector público. Importante es, entretanto, el art. 7mo. del Tratado de Asunción, dado que configura el mismo tipo de disposición, aunque en lo concerniente a norma general, no aplicable, por lo tanto, solamente a determinados sectores. Tal norma dispone que en "materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios del territorio de un Estado Parte gozarán, en los otros Estados Partes, del mismo tratamiento que se aplique al producto nacional".

CAPÍTULO II Los efectos de los acuerdos

Pasando a investigar los efectos de los acuerdos descritos, se trata ahora de examinar en qué términos se darán su aplicabilidad en los países miembros y qué jerarquía respetarán en los ordenamientos jurídicos de éstos. La aplicabilidad de la norma internacional está ligada al problema de su inserción en el plano jurídico nacional de cada país y, juntamente a la cuestión de la

plano jurídico nacional de cada país e, juntamente à questão da hierarquia, define a relação entre o direito internacional e os direitos nacionais.

Cuida-se, como vimos, de relação disciplinada no âmbito do direito constitucional de cada Estado. O direito das gentes — lembramos — não dispõe de norma que regule o problema, a não ser pela orientação da doutrina internacional no sentido de consagrar o monismo com primazia do direito internacional.

Esse estado de coisas resulta do *status* multipolarizado da sociedade internacional, onde o direito das gentes, ainda conforme seu entendimento clássico, não dispõe, por si só, de força para impor-se em nível nacional, desempenhando a função principal de coordenação de soberanias. Vigora, desse modo, uma estrutura descentralizada, na qual bem se enquadram os mecanismos de cooperação entre Estados.

Tal, entretanto, pode modificar-se com o advento de um processo de integração. Ocorre que esta, diferentemente da cooperação nos moldes tradicionais, implica a renúncia de algumas competências detidas pelos países-membros, no interesse de realizar objetivos comuns. Nesse sentido, poderá verificar-se que a disciplina da inserção e da hierarquia das normas internacionais não mais seja definida no plano interno dos Estados.

Podemos verificar essa modificação no âmbito da Comunidade Européia (CE). Observamos que, partindo de uma realidade de cooperação, regulada pelo direito internacional dito clássico ou geral, os países-membros da CE criaram um direito internacional especial, nomeadamente o direito comunitário, com o qual suas ordens jurídicas detêm uma relação diversa da que detêm com aquele primeiro. Nesse momento, houve delegação de competências nacionais em favor de uma ordem jurídica supranacional; os Estados-Membros abriram mão de parcelas de soberania para que objetivos comuns pudessem ser realizados por órgãos supranacionais.

Tais órgãos, instituídos pelos Tratados Comunitários⁶², emitem normas que se aplicam diretamente nas ordens jurídicas nacionais dos países-membros e que se sobrepõem às normas internas. Trata-se, portanto, de uma nova disciplina para a inserção e a hierarquia de certas normas internacionais, precisamente aquelas de direito comunitário, disciplina caracterizada não mais por pertencer ao direito interno de cada Estado, mas sim a um direito internacional especial ou regional.

Quanto ao Mercosul, no tocante às normas que compõem esse processo de integração e visam ao seu desenvolvimento, há que se pensar na inserção e na hierarquia dessas normas. Questionamos se a disciplina dessa matéria é a mesma da que trata das normas de direito convencional internacional, ou se caminha no sentido de adquirir os contornos observados no caso da

62. Adotamos aqui a expressão "Tratados Comunitários" para designar o conjunto de instrumentos que criaram as Comunidades Européias (CECA, CEEA e CEE), aos quais se somam os de revisão dos mesmos e os de adesão de novos Estados-Membros.

jerarquia, define la relación entre el derecho internacional y los derechos nacionales.

Se refiere, como vimos, de relación organizada en el ámbito del derecho constitucional de cada Estado. El derecho de gentes — recordemos — no dispone de norma que regule el problema, a no ser por la orientación de la doctrina internacional en el sentido de consagrar el monismo con primacía del derecho internacional.

Ese estado de cosas resulta del *status* multipolarizado de la sociedad internacional, donde el derecho de gentes, aún de acuerdo con su entendimiento clásico, no dispone, por sí sólo, de fuerza para imponerse en el nivel nacional, desempeñando la función principal de coordinación de soberanías. De ese modo, está vigente una estructura descentralizada, en la cual se encuadran bien los mecanismos de cooperación entre Estados.

Esto, entretanto, puede modificarse con el advenimiento de un proceso de integración. Ocorre que ésta, diferentemente de la cooperación en los moldes tradicionales, implica la renuncia de algunas atribuciones de los países miembros, en el interés de realizar objetivos comunes. En ese sentido, podrá comprobarse que la reglamentación de la inserción y de la jerarquía de las normas internacionales no sean más definidas en el plano interno de los Estados.

Podemos comprobar esa modificación en el ámbito de la Comunidad Europea (CE). Observamos que, partiendo de una realidad de cooperación regulada por el derecho internacional, sea clásico o general, los países miembros de la CE crearon un derecho internacional especial, principalmente el derecho comunitario, con el cual sus órdenes jurídicas mantienen una relación distinta de la que mantienen con aquel primero. En ese momento, hubo delegación de atribuciones nacionales a favor de un orden jurídico supranacional; los Estados Miembros renunciaron a cuotas de soberanía para que objetivos comunes pudiesen ser realizados por órganos supranacionales.

Tales órganos, instituídos por los Tratados Comunitarios⁶², emiten normas que se aplican directamente en las órdenes jurídicas nacionales de los países miembros y que se sobrepone a las normas internas. Se trata, por lo tanto, que una nueva organización para la inserción y la jerarquía de ciertas normas internacionales, precisamente aquellas de derecho comunitario, reglamentación caracterizada no más por pertenecer al derecho interno de cada Estado, sino a un derecho internacional especial o regional.

En lo que se refiere a Mercosur, en lo tocante a las normas que componen ese proceso de integración y tienden a su desarrollo, hay que pensar en la inserción y en la jerarquía de esas normas. Nos preguntamos si la reglamentación de esa materia es la misma de la que tratan las normas de derecho convencional internacional, o si camina en el sentido de adquirir los contornos

62. Adoptamos aquí la expresión "Tratados Comunitarios" para designar el conjunto de instrumentos que crearon las Comunidades Europeas (CECA, CEEA y CEE), a los cuales se suman los de revisión de los mismos y los de adhesión de nuevos Estados Miembros.

CE, já que o Tratado de Assunção, ao menos quanto aos objetivos fixados, é claramente um acordo de integração.

Desse modo, passamos ao exame da aplicabilidade e da hierarquia com respeito às normas criadas no âmbito do Mercosul, tendo como suporte a experiência da CE, dado que o direito comunitário constitui a maior parte daquilo que vai aos poucos sendo chamado de direito de integração.

1. Aplicabilidade direta e hierarquia

A aplicabilidade das normas constitui um tema controverso, examinado já tantas vezes e certamente com maior profundidade pelos estudiosos do assunto. Embora não seja nossa intenção aqui participar do debate doutrinário que se dá sobre essa questão, e sim investigar aspectos de cunho prático, parece entretanto necessária uma pequena incursão em terreno teórico, de modo a fundamentar e desenvolver o nosso raciocínio.

Primeiramente, cabe salientar que, se há grande disputa entre os doutrinadores envolvendo o tema proposto, quer parecer que boa parte dela dá-se no campo da terminologia. As mais variadas expressões são utilizadas para classificar as normas quanto à sua aplicabilidade, de modo que os debates resultam, muitas vezes, do desentendimento em torno dos termos adotados. Assim, temos, em um primeiro momento, a classificação das normas como *auto-aplicáveis* e *não auto-aplicáveis*, segundo a doutrina desenvolvida por Rui Barbosa e inspirada nos autores norte-americanos, para quem as normas são *self-executing* ou *not self-executing*⁶³; temos também a classificação de Pontes de Miranda, para quem as normas podem ser *bastantes em si e não bastantes em si*; verificamos ainda uma classificação mais pormenorizada, como entendeu José Afonso da Silva⁶⁴, para quem as normas são de *eficácia plena*, de *eficácia contida* ou de *eficácia limitada*; e, por fim, a classificação dada no domínio do direito comunitário, onde as normas são tidas como *diretamente aplicáveis* e *não diretamente aplicáveis*, sendo que as primeiras podem ser de *efeito imediato*, que têm aplicabilidade direta em *sentido formal*, ou de *efeito direto*, que têm aplicabilidade direta em *sentido material*, como veremos adiante.

Mostra-se conveniente adotarmos, neste estudo, os termos “diretamente aplicáveis” e “não diretamente aplicáveis”, por serem utilizados tanto com relação às normas de direito interno quanto às de direito internacional e, principalmente, por serem os termos mais utilizados no âmbito da Comunidade Européia, encontrados nos julgados e na doutrina, dos quais podem oferecer

63. A doutrina norte-americana é de grande relevo na questão da aplicabilidade das normas constitucionais, tendo influenciado muitos autores.

64. em seu livro *A Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968.

observados en el caso de la CE, ya que el Tratado de Asunción, al menos en lo que atañe a los objetivos fijados, es claramente un acuerdo de integración.

De ese modo, pasamos al examen de la aplicabilidad y de la jerarquía con respecto a las normas creadas en el ámbito del Mercosur, teniendo como norte la experiencia de la CE, dado que el derecho comunitario constituye la mayor parte de aquello que va de a poco siendo llamado derecho de integración.

1. Aplicabilidad directa y jerarquía

La aplicabilidad de las normas constituye un tema controvertido, examinado ya tantas veces y ciertamente con mayor profundidad por los estudiosos de este asunto. Aunque no sea nuestra intención aquí participar del debate doctrinario que se da sobre esa cuestión, y sí investigar aspectos de carácter práctico, parece sin embargo necesaria una pequeña incursión en el terreno teórico para fundamentar y desarrollar nuestro razonamiento.

En primer lugar cabe destacar que, sí existe grande disputa entre los doctrinadores envolviendo el tema propuesto, parecería que buena parte de ella se da en el campo de la terminología. Las más variadas expresiones son utilizadas para clasificar las normas en cuanto a su aplicabilidad, de modo que los debates son, muchas veces, resultantes del desentendimento en torno de los términos adoptados. Así, tenemos, en un primer momento, la clasificación de las normas como *auto-aplicables* y *no auto-aplicables*, según la doctrina desarrollada por Rui Barbosa e inspirada en los autores norteamericanos, para quien las normas son *self-executing* o *not-self-executing*⁶³; tenemos también la clasificación de Pontes de Miranda, para quien las normas pueden ser suficientes en sí y no suficientes en sí; examinamos aún una clasificación más pormenorizada, como entendió José Afonso da Silva⁶⁴, para quien las normas son de *eficacia plena*, de *eficacia contenida* o de *eficacia limitada*; y, por fin, la clasificación dada en el dominio del derecho comunitario, donde las normas son tenidas como *directamente aplicables* y *no directamente aplicables*, siendo que las primeras pueden ser de efecto inmediato, que tienen aplicabilidad directa en sentido formal, o de efecto directo, que tienen aplicabilidad directa en sentido material, como veremos más adelante.

Resulta conveniente adoptar, en este estudio, los términos “directamente aplicables” y “no directamente aplicables”, por ser utilizados tanto con relación a las normas de derecho interno como a las de derecho internacional, y, principalmente, por ser los términos más utilizados en el ámbito de la Comunidad Europea, encontrados en los juicios y en la doctrina, en los cuales pueden ofrecer valiosos elementos para el estudio que nos proponemos. Hacer

63. La doctrina norteamericana es de grande importancia en esta cuestión de la aplicabilidad de las normas constitucionales, habiendo influenciado a muchos autores.

64. En su libro *La Aplicabilidad de las Normas Constitucionales*. Editora Revista de los Tribunais, São Paulo, 1968.

valiosos elementos para o estudo ao qual nos propomos. Ressaltamos que a expressão “aplicabilidade direta” será adotada aqui no seu sentido mais amplo, incluindo assim o efeito imediato como o efeito direto, termos que examinaremos mais tarde.

Importante parece frisar, desde logo, que a questão da aplicabilidade das normas envolve aspectos diversos conforme diga respeito a normas de direito interno ou a norma de direito internacional. No primeiro caso, tal problema surge mormente com relação às normas constitucionais, pondo-se a questão de saber se elas requerem ou não ato complementar do legislador ordinário para criarem direitos e obrigações que possam ser invocados pelos particulares perante os tribunais; cuida-se aí de norma vigente no ordenamento jurídico dos Estados, sendo que, no momento de sua elaboração, ou foi talhada para gerar efeitos imediatos à sua entrada em vigor, ou, ao contrário, foi elaborada de maneira tal que somente mediante complementação poderá gerar efeitos. No segundo caso, a questão que se impõe é a de saber se uma determinada norma internacional pode ou não ser aplicada diretamente no ordenamento jurídico dos Estados, sem necessidade de transformação ou de regulamentação interna, podendo ou não ser invocada pelos particulares perante os tribunais nacionais e salvaguardada por estes.

Tal distinção revela-se fundamental no momento em que examinamos os requisitos para a aplicabilidade direta. Ocorre que, no caso da norma de direito interno, vigente em determinado ordenamento jurídico nacional, a aplicabilidade dependerá do grau de normatividade dessa norma, dependendo portanto de requisitos intrínsecos à mesma, como veremos a seguir. Trata-se da aplicabilidade em sentido material, segundo a concepção desenvolvida na Comunidade Européia. Já quanto à norma de direito internacional, sua aplicabilidade depende, antes de mais nada, da forma como é recebida pelos direitos nacionais, que é requisito extrínseco da norma. Fala-se, então, na aplicabilidade em sentido formal. Ressalvamos, porém, que as normas internacionais, embora tenham sua aplicabilidade condicionada à forma como são recebidas nacionalmente e ao tratamento que os direitos nacionais lhes dedicam, poderão ainda enfrentar o exame de suas características intrínsecas. Uma norma internacional de natureza diretiva, contendo apenas princípios e orientações, não terá aplicabilidade direta, em sentido material, por ser considerada programática.

A diferença existente entre a aplicabilidade direta da norma interna e a da norma internacional não é esclarecida pela maioria dos autores, que seguem examinando a questão observando sob a mesma ótica os dois casos. Tal esclarecimento, tendo sido feito, garantirá um melhor aproveitamento das teorias a serem vistas.

No que toca aos requisitos intrínsecos para que a norma seja diretamente aplicável, portanto, em sentido material, convém buscar auxílio no importante

mos resaltar que la expresión “aplicabilidad directa” será adoptada aquí en su sentido más amplio, incluyendo así tanto el efecto inmediato como el efecto directo, términos que examinaremos más tarde.

Desde luego, es importante señalar que la cuestión de la aplicabilidad de las normas concierne aspectos diversos según lo que exprese en relación con la norma de derecho interno o la norma de derecho internacional. En el primer caso, tal problema surge principalmente con relación a las normas constitucionales, surgiendo la necesidad de saber si ellas requieren o no acto complementar del legislador común para crear derechos y obligaciones que puedan ser invocados por los particulares ante los tribunales; refiérese ahí a normas vigentes en el ordenamiento jurídico de los Estados, siendo que, en el momento de su elaboración o fue creada para generar efectos inmediatos a su entrada en vigencia, o, por el contrario, fue elaborada de manera tal que sólomente mediante complementación pudiera generar efectos. En el segundo caso, la cuestión que se impone es la de saber si una determinada norma internacional puede o no ser aplicada directamente en el ordenamiento jurídico de los Estados, sin necesidad de transformación o de reglamentación interna, pudiendo o no ser invocada por los particulares ante los tribunales nacionales y salvaguardada por éstos.

Tal distinción se revela fundamental en el momento en que examinamos los requisitos para la aplicabilidad directa. Sucede que, en el caso de la norma de derecho interno, vigente en determinado ordenamiento jurídico nacional, la aplicabilidad dependerá del grado de normatividad de esa norma, dependiendo por lo tanto de requisitos intrínsecos a la misma, como veremos a seguir. Se trata de aplicabilidad en sentido material, según la concepción desarrollada en la Comunidad Europea. En cuanto a la norma de derecho internacional, su aplicabilidad depende, antes que nada, de la forma cómo es recibida por los derechos nacionales, que es requisito extrínseco de la norma. Se habla, entonces, de la aplicabilidad en sentido formal. Destacamos sin embargo que las normas internacionales, aunque tengan su aplicabilidad condicionada a la forma cómo son recibidas nacionalmente y al tratamiento que los derechos nacionales les dedican, podrán aún enfrentar el examen de sus características intrínsecas. Una norma internacional de naturaleza diretiva, conteniendo apenas principios y orientaciones, no tendrá aplicabilidad directa, en sentido material, por ser considerada programática.

La diferencia existente entre la aplicabilidad directa de la norma interna y la de la norma internacional no es aclarada por la mayoría de los autores, que siguen examinando bajo la misma óptica los dos casos. Tal aclaración, habiendo sido hecha, garantizará un aprovechamiento mejor de las teorías a ser vistas.

En lo que respecta a requisitos intrínsecos para que la norma sea directamente aplicable, en sentido material, conviene buscar ayuda en el estudio

estudo de José Afonso da Silva⁶⁵. Para o autor, como vimos acima, as normas dividem-se, quanto ao grau de efeitos que podem gerar, em *normas de eficácia plena*, *normas de eficácia contida* e *normas de eficácia limitada*, sendo que a eficácia e a aplicabilidade constituem

“fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade”⁶⁶.

As normas de eficácia plena seriam aquelas aptas a produzir todos os seus efeitos essenciais desde a sua entrada em vigor, porque o legislador constituinte⁶⁷ proveu-as de normatividade suficiente para serem aplicáveis. As normas de eficácia contida seriam aquelas que, embora diretamente aplicáveis, o seriam dentro de alguns limites (temporais, circunstanciais), como desejou o legislador. Por último, as normas de eficácia limitada seriam aquelas que, com sua entrada em vigor, não estariam aptas a produzir todos os seus efeitos essenciais por não terem sido dotadas da normatividade necessária, ficando assim dependentes de legislação complementar.

Parece-nos que tal classificação resulta de minuciosa e profícua abordagem do tema, tendo o autor procurado abranger todos os aspectos envolvidos na questão. No presente estudo, entretanto, interessa-nos a diferença fundamental entre normas diretamente aplicáveis, que incluiriam as de eficácia limitada e as de eficácia contida, e normas não diretamente aplicáveis, que seriam as de eficácia limitada⁶⁸.

Convém ainda fixar o critério a que deve atender uma norma para que seja diretamente aplicável. Trazemos para esse fim as palavras cuidadosamente combinadas de Celso Bastos⁶⁹, para quem

“a plenitude ou não do grau de eficácia das normas constitucionais tem uma causa (...), é o modo como a prática norma regula a matéria que lhe serve de recheio fático e direção teleológica: se o modo de regulação apanha a matéria por inteiro, no que toca à sua ontologia ou intrínseca natureza, pressupostos e condições de sua ocorrência, fim a que se destina e meios para o respectivo alcance”⁷⁰.

Passando já ao plano do direito internacional, cabe lembrar que nesse domínio o problema da aplicabilidade prende-se à questão de saber se uma

65. *Idem*.

66. *Ibidem*.

67. Nota-se que, no direito interno, são sobretudo as normas constitucionais que suscitam problemas com relação à aplicabilidade.

68. O estudo de José Afonso da Silva (nota 8) é um dos mais importantes sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, estudo ao qual recorrem grande parte dos autores brasileiros que se debruçam sobre o tema.

69. Professor da Faculdade de Direito da PUC de São Paulo.

70. Em seu artigo “Tabelamento de juros”, *Revista de Direito Público*, Vol. 21, nº 88, p. 172, 1988.

importante de José Afonso da Silva⁶⁵. Para el autor, como vimos arriba, las normas se dividen, con relación al grado de efectos que pueden generar, en normas de eficacia plena, normas de eficacia contenida y normas de eficacia limitada, siendo que la eficacia y la aplicabilidad constituyen

“fenómenos conexos, aspectos tal vez del mismo fenómeno, encarados por prismas diferentes: aquélla como potencialidad; ésta como realizabilidad, practicidad”⁶⁶.

Las normas de eficacia plena serían aquéllas aptas para producir todos sus efectos esenciales desde su entrada en vigencia, porque el legislador constituyente⁶⁷ las proveyó de normatividade suficiente para ser aplicables. Las normas de eficacia contenida serían aquéllas que, aunque directamente aplicables, los serían dentro de algunos límites (temporales, circunstanciales), como quiso el legislador. Por último, las normas de eficacia limitada serían aquéllas que, con su entrada en vigencia, no estarían aptas a producir todos sus efectos esenciales por no haber sido dotadas de la normatividade necesaria, quedando así dependientes de legislación complementar.

Nos parece que tal clasificación resulta de minucioso y provechoso abordaje del tema, habiendo tratado el autor de abarcar todos los aspectos relativos a esta cuestión. Mientras tanto, en este estudio, nos interesa la diferencia fundamental entre normas directamente aplicables, que incluirían las de eficacia limitada y las de eficacia contenida, y normas no directamente aplicables, que serían las de eficacia limitada⁶⁸.

Conviene aún fijar el criterio al que debe atender una norma para que sea directamente aplicable. Traemos para ese fin las palabras cuidadosamente combinadas de Celso Bastos⁶⁹, para quien

“la plenitud o no del grado de eficacia de las normas constitucionales tiene una causa (...) es el modo cómo la propia norma regula la materia que le sirve de contenido fático y dirección teleológica: sí el modo de regulación toma la materia por entero, en lo que toca a su ontología o naturaleza intrínseca, presupuestos y condiciones de existencia, fin al que se destina y medios para alcanzarlo”⁷⁰.

Pasando ya al plano del derecho internacional, cabe recordar que en ese dominio el problema de la aplicabilidad se prende a la cuestión de saber

65. *Idem*.

66. *Ibidem*.

67. Nótese que, en el derecho interno, son sobretudo las normas constitucionales las que suscitan problemas con relación a la aplicabilidad.

68. El estudio de José Afonso da Silva (nota 8) es uno de los dos más importantes sobre la aplicabilidad de las normas constitucionales y un estudio al cual recurren grande parte de los autores brasileños que se abocan al tema.

69. Professor de la Facultad de Derecho de la PUC de São Paulo.

70. En su artículo “Tabla de intereses”. *Revista de Derecho Público*, vol. 21, nro. 88, p. 172, 1988.

norma internacional, enquanto tal, pode ou não atingir os particulares diretamente, em suas esferas jurídicas nacionais, impondo-lhes obrigações e outorgando-lhes direitos, a serem salvaguardados pelos tribunais. A aplicabilidade direta, aqui, dá-se em sentido formal, ligada que está ao tema da inserção das normas de origem convencional.

São diversos os entendimentos que pretenderam deslindar a questão, seguindo, cada um deles, uma orientação acerca do modo de a norma convencional inserir-se na ordem jurídica interna dos Estados. De fato, tais entendimentos diferenciam-se na medida em que diferentes são as concepções sobre o tema da recepção, agrupadas, como vimos anteriormente, no sistema da recepção automática plena, no da recepção semiplena ou no sistema da transformação.

Esse último está em conformidade com o entendimento segundo o qual as normas de direito das gentes não têm aplicabilidade direta, não gerando direitos e obrigações aos particulares, tendo como destinatários apenas os Estados e as organizações internacionais. Nesse sentido, as normas de origem convencional se equiparam àquelas normas constitucionais de eficácia limitada, que se destinam ao legislador ordinário, a quem incumbe regulamentá-las e torná-las aplicáveis aos indivíduos. Essa concepção aceita, a título excepcional, que as disposições de um tratado venham a ter aplicabilidade direta quando, e somente, for essa a intenção das partes contratantes, que poderá ser manifestada expressamente ou deduzida da linguagem, do espírito e de outras características materiais importantes do tratado⁷¹.

Contrária a essa corrente, temos aquela que atribui às normas internacionais a aplicabilidade direta. Segundo essa concepção, desnecessárias e até mesmo desinteressantes são a transformação, bem como a regulamentação da norma de origem convencional. Desnecessárias se mostrariam porque um acordo internacional, segundo esse entendimento, pode e deve ser aplicado em sua forma original, sem a roupagem de norma interna; desinteressantes seriam na medida em que, resguardando o caráter internacional da norma, cria-se terreno propício ao seu primado. Defende ainda essa corrente que a necessidade de aprovação pelo Poder Legislativo de um acordo celebrado pelo Executivo não significa a transformação da norma internacional, entendimento adotado no presente trabalho, como se observou na parte primeira.

Nesse ponto, certamente o leitor já terá observado que as concepções acima dizem respeito à relação entre os direitos nacionais e o direito internacional geral, sabendo que essa relação pode modificar-se com a integração entre países e com a eventual formação de um direito internacional especial, como já referimos. Em um tal processo, aquela relação, no âmbito da região

71. Conforme o parecer do TPJI, de 3 de março de 1928, sobre o Acordo Dantzig-Polaco.

sí una norma internacional, como tal, puede, o no alcanzar los particulares directamente, en sus esferas jurídicas nacionales, imponiéndoles obligaciones y otorgándoles derechos, a ser salvaguardados por los Tribunales. La aplicabilidad directa, aquí, se da en sentido formal, pues está ligada a la inserción de las normas de origen convencional.

Son diversos los entendimientos que pretendieron deslindar la cuestión, siguiendo, cada uno de ellos, una orientación acerca del modo de cómo se inserta la norma convencional en el orden jurídico interno de los Estados. De hecho, tales entendimientos se diferencian en la medida en que son diferentes las concepciones sobre el tema de la recepción, agrupadas, como vimos anteriormente, en el sistema de la recepción automática plena, en el de la recepción semiplena o en el sistema de transformación.

Ese último está de acuerdo con el entendimiento según el cual las normas de derecho de gentes no tiene aplicabilidad directa, sí no genera derechos y obligaciones a los particulares, teniendo como destinatarios únicamente los Estados y las organizaciones internacionales. En ese sentido, las normas de origen convencional se equiparan a aquellas normas constitucionales de eficacia limitada, que se destinan al legislador común, a quien incumbe reglamentarlas y hacerlas aplicables a los individuos. Esa concepción acepta, a título excepcional, que las disposiciones de un tratado vengán a tener aplicabilidad directa cuando, y solamente ésa, fuera la intención de las partes contratantes, que podrá ser manifestada expresamente o deducida del lenguaje, del espíritu y de otras características materiales importantes del tratado⁷¹.

Contraria a esa corriente, tenemos aquélla que atribuye a las normas internacionales la aplicabilidad directa. Según esa concepción, innecesarias y hasta aún carentes de interés son la transformación así como la reglamentación de la norma de origen convencional. Se mostrarían innecesarias porque un acuerdo internacional, según esta corriente, puede y debe ser aplicado en su forma original, sin el ropaje de norma interna; carentes de interés serían en la medida en que, resguardando el carácter internacional de la norma créase terreno propicio para su primacía. Esa corriente defiende inclusive el hecho de que la necesidad de aprobación por el Poder Legislativo de un acuerdo celebrado por el Ejecutivo no significa la transformación de la norma internacional, entendimiento adoptado en el presente trabajo, como se observó en la parte primera.

En este punto, seguramente el lector ya habrá observado que las concepciones arriba indicadas hablan a respecto de la relación entre los derechos nacionales y el derecho internacional general, sabiendo que esa relación puede modificarse con la integración entre países y con la eventual formación de un derecho internacional especial, como ya indicamos. En tal proceso, aquella relación, en el ámbito de la región que se integra, asume nuevas características,

71. Según la opinión del TPJI, del 3 de marzo de 1928, sobre el Acordo Dantzig-Polaco.

que se integra, assume novas características, determinadas pela maior aproximação e comprometimento entre os Estados envolvidos.

A Comunidade Européia constitui o primeiro e mais importante exemplo de tal processo. Portanto, parece conveniente aqui examinar em que termos se dá a aplicabilidade das normas comunitárias no interior dos países-membros da CE, já que esta representa uma valiosa experiência para o Mercosul.

A questão da aplicabilidade das normas no âmbito do direito comunitário tem sido amplamente examinada tanto no plano da doutrina quanto no da jurisprudência do Tribunal das Comunidades Europeias (TCE). Em primeiro lugar, verificamos em ambas o problema do desacordo com relação à terminologia utilizada. São encontradas as expressões "aplicabilidade direta", "efeito imediato" e "efeito direto", e ainda "aplicabilidade direta em sentido formal e aplicabilidade direta em sentido material".

Para alguns autores, têm efeito imediato ou aplicabilidade direta em sentido formal as normas de direito comunitário que podem gerar efeitos nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros, sem serem recebidas nesses ordenamentos por meio do que seria a incorporação nos textos legais nacionais; são as normas às quais os próprios tratados comunitários concedem e garantem a aplicabilidade direta, de modo que não requerem qualquer medida por parte dos Estados para serem aplicáveis aos particulares. Para os mesmos autores, têm efeito direto ou aplicabilidade direta em sentido material certas normas comunitárias que, embora os tratados comunitários não lhe garantam essa qualidade, possam ser invocadas pelos particulares perante os tribunais nacionais por disporem de uma normatividade completa.

Tal distinção, que pode parecer a princípio por demais sutil, encontra justificação na diferença existente entre os regulamentos e as diretivas de direito comunitário⁷². Ocorre que essas duas espécies de norma, a serem emitidas pelos órgãos da CE, encontram-se disciplinadas de forma diversa nos tratados comunitários: os regulamentos são diretamente aplicáveis por força do artigo 189 do Tratado de Roma, enquanto que as diretivas não têm essa aplicabilidade expressamente determinada pelo Tratado.

Nesse sentido, ao passo que os regulamentos dirigem-se aos particulares dos Estados-Membros, criando direitos e deveres para os mesmos imediatamente após a publicação pelo órgão oficial das CE, as diretivas dirigem-se somente aos Estados, obrigando-os a emitirem normas conforme as diretrizes que impõe. Disso resulta que as diretivas, em princípio, não alcançam os particulares. Porém, embora elas não tenham sido expressamente dotadas de aplicabilidade direta pelos tratados comunitários, algumas delas podem

72. Regulamentos e diretivas constituem modalidades de normas que emanam da autoridade comunitária. São atos unilaterais autorizados pelos tratados comunitários, que determinam as características de cada modalidade.

determinadas por la mayor aproximación y comprometimiento entre los Estados envueltos.

La Comunidad Europea constituye el primer y más importante ejemplo de tal proceso. Por lo tanto, parece conveniente aquí examinar en qué términos se da la aplicabilidad de las normas comunitarias en el interior de los países miembros de la CE, ya que ésta representa una valiosa experiencia para el Mercosur.

La cuestión de la aplicabilidad de las normas en el ámbito del derecho comunitario ha sido ampliamente examinada tanto en el plano de la doctrina como en el de la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas (TCE). En primer lugar, examinamos en ambos el problema del desacuerdo con relación a la terminología utilizada. Resultan encontradas las expresiones "aplicabilidad directa", "efecto inmediato" y "efecto directo", y aún "aplicabilidad directa en sentido formal y aplicabilidad directa en sentido material".

Para algunos autores, tienen efecto inmediato o aplicabilidad directa en sentido formal las normas de derecho comunitario que pueden generar efectos en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, sin ser recibidas en esos ordenamientos por medio de lo que sería la incorporación en los textos legales nacionales; son las normas a las cuales los propios tratados comunitarios conceden y garantizan la aplicabilidad directa, de modo que no requieren ninguna medida por parte de los Estados para ser aplicables a los particulares. Para los mismos autores, tienen efecto directo o aplicabilidad directa en sentido material, ciertas normas comunitarias que, aunque los Tratados Comunitarios no le garanten esa cualidad, puedan ser invocadas por los particulares ante los tribunales nacionales por disponer de una normatividade completa.

Tal distinción, que puede parecer en principio por demás sutil, encuentra justificación en la diferencia existente entre los reglamentos y las directivas de derecho comunitario⁷². Sucede que esas dos especies de normas, a ser emitidas por los organismos de la CE, se encuentran reglamentadas de forma diversa en los Tratados Comunitarios; los reglamentos son directamente aplicables por fuerza del artículo 189 del Tratado de Roma, mientras que las directivas no tienen esa aplicabilidad expresamente determinada por el Tratado.

En ese sentido, al paso que los reglamentos se dirigen a los particulares de los Estados Miembros, creando derechos y deberes para los mismos inmediatamente después de la publicación por parte del órgano oficial de la CE, las directivas se dirigen solamente a los Estados, obligándolos a emitir normas de acuerdo con las directrices que imponen. De ello resulta que las directivas, en principio, no alcanzan los particulares. Sin embargo, aunque no hayan sido expresamente dotadas de aplicabilidad directa por los Tratados Comuni-

72. Reglamentos y directivas constituyen modalidades de normas que emanan de la Autoridad Comunitaria. Son actos unilaterales autorizados por los Tratados Comunitarios, que determinan las características de cada modalidad.

ter essa qualidade reconhecida quando apresentam uma completa normatividade, conforme vem confirmando o TCE.

Verifica-se assim que a aplicabilidade direta dos regulamentos dá-se em sentido formal e a das diretivas em sentido material. Portanto, como defende parte da doutrina europeia, os regulamentos têm aplicabilidade direta, enquanto as diretivas podem ter efeito direto.

Essas duas expressões, entretanto, são utilizadas indistintamente na jurisprudência do TCE, bem como em grande parte da doutrina, razão pela qual não faremos aqui tal distinção, adotando — insistimos — apenas os termos “diretamente aplicável” e “não diretamente aplicável”. Interessa-nos essa discussão, todavia, na medida em que demonstra como se dá a problemática da aplicabilidade direta na CE.

Se para os regulamentos tal carácter era inquestionável, porquanto manifestamente expresso no Tratado de Roma, o mesmo não se verificava com relação às diretivas, nem a diversas outras disposições dos tratados comunitários⁷³. Por esse motivo foi fundamental a atuação do TCE, que veio esclarecer as dúvidas com respeito à aplicabilidade direta das normas de direito comunitário, indo além da concepção vigente para as normas de direito internacional geral, no sentido de velar pela realização dos objetivos das Comunidades.

Em primeiro lugar, o Tribunal estabeleceu que, por meio dos tratados comunitários, os Estados-Membros criaram uma nova ordem jurídica autónoma, que limitou seus direitos soberanos em face de um corpo de direito aplicável aos seus nacionais e a eles próprios. Assim, afirmou o TCE no acórdão *Van Gend en Loos*, que:

“O objetivo do Tratado CEE, que é o de instituir um mercado comum cujo funcionamento afeta diretamente os habitantes da Comunidade, implica que esse Tratado constitui mais do que um simples acordo gerador de obrigações mútuas entre os Estados contratantes; (...) o direito comunitário, independente da legislação dos Estados-Membros, tal como origina obrigações na esfera jurídica dos particulares, é destinado a originar direitos que entram no seu patrimônio jurídico; (...) tais direitos surgem não somente quando o Tratado explicitamente os confere, mas também em virtude de obrigações que o Tratado impõe de uma maneira bem definida tanto aos particulares, como aos Estados-Membros e às instituições Comunitárias”⁷⁴.

Em segundo lugar, o TCE atribuiu o carácter de diretamente aplicável às diretivas, bem como a diversas disposições dos tratados comunitários,

73. Houve dúvida com relação à aplicabilidade, após decorrido o período de transição, de normas contidas no Tratado de Roma, tais como o artigo 48 e o artigo 52.

74. Proc. 26/62, Col. 1963, p. 1.

tários, algunas de ellas pueden tener esa cualidad reconocida cuando presentan una completa normatividad, según viene confirmando el TCE.

Se verifica así que la aplicabilidad directa de los reglamentos se da en sentido formal y la de las directivas en sentido material. Por lo tanto, como defiende parte de la doctrina europea, los reglamentos tienen aplicabilidad directa, mientras que las directivas pueden tener efecto directo.

Esas dos expresiones, mientras tanto, son utilizadas indistintamente en la jurisprudencia del TCE, así como en grande parte de la doctrina, razón por la cual no haremos aquí tal distinción, adoptando — insistimos — únicamente los términos “directamente aplicable” y “no directamente aplicable”. Nos interesa esa discusión, solamente en la medida en que demuestra como se da la problemática de aplicabilidad directa en la CE.

Sí para los reglamentos tal carácter era incuestionable, dado que está manifestamente expresado en el Tratado de Roma, el mismo no se examinaba en relación a las directivas, ni a otras diversas disposiciones de los Tratados Comunitarios⁷³. Por ese motivo fue fundamental la actuación del TCE, que vino a aclarar las dudas con respecto a la aplicabilidad directa de las normas de derecho comunitario, yendo más allá de la concepción vigente para las normas de derecho internacional general, en el sentido de velar por la realización de los objetivos de las Comunidades.

En primer lugar el Tribunal estableció que, por medio de los Tratados Comunitarios, los Estados Miembros crearon una nueva orden jurídica autónoma, que limitó sus derechos soberanos frente a un cuerpo de derecho aplicable a sus nacionales y a ellos propios. Así afirmó el TCE en el acuerdo *Van Gend en Loos*, que:

“El objetivo del Tratado CEE, que es el de instituir un mercado común cuyo funcionamiento afecta directamente a los habitantes de la Comunidad, implica que ese Tratado constituye más que un simple acuerdo generador de obligaciones mutuas entre los Estados contratantes; (...) el derecho comunitario, independiente de la legislación de los Estados Miembros, tal como origina obligaciones en la esfera jurídica de los particulares, es destinado a originar derechos que entran en su patrimonio jurídico; (...) tales derechos surgen no solamente cuando el Tratado explícitamente los otorga, sino también en virtud de obligaciones que el Tratado impone de una manera bien definida tanto a los particulares como a los Estados Miembros y a las Instituciones Comunitarias.”⁷⁴

Em segundo lugar, el TCE atribuyó el carácter de directamente aplicable a las directivas, así como a diversas disposiciones de los Tratados Comunitarios,

73. Hubo dudas con respecto a la aplicabilidad una vez transcurrido el período de transición, de normas contenidas en el Tratado de Roma, tales como el artículo 48 y el artículo 52.

74. Proc. 26/62, Col. 1963, p. 1.

fundando-se no espírito, no contexto e nos objetivos dos tratados, assim como no efeito útil dos mesmos. Mas, para isso formulou o seguinte critério: para que uma norma de direito comunitário seja diretamente aplicável, deve ser positiva, clara e precisa, incondicional, completa e juridicamente perfeita.

Uma norma é clara e precisa quando contém regras imperativas de fazer ou de não fazer, não sendo, portanto, vaga nem genérica. É completa e juridicamente perfeita quando não requer intervenção complementar dos Estados-Membros para poder gerar efeitos, bastando-se a si própria; enquadra-se aqui, também, a norma que, embora requeira uma medida dos Estados, a estes não permita qualquer poder discricionário. Por último, é incondicional a norma quando não está sujeita a prazo ou reserva.

Como se pode observar, são requisitos intrínsecos à norma, que condicionam, portanto, à aplicabilidade direta em sentido material. Ora, mas como é possível falar-se nesta quando não se tem a aplicabilidade direta em sentido formal? Parece lógico que o exame sobre a aplicabilidade de uma norma segundo seus elementos materiais é cabível somente quando formalmente sua aplicabilidade seja inquestionável. Sabemos que nos ordenamentos jurídicos, onde as normas de direito internacional não têm aplicabilidade direta porque vige o sistema da transformação, jamais se cogitará da aplicabilidade dessas normas com base no seu grau de normatividade.

Ocorre que o Tratado de Roma não atribuiu aplicabilidade direta às diretivas precisamente em razão da natureza de tais normas, que, como o próprio nome já diz, é programática, dado que elas têm como função estabelecer diretrizes para a legislação interna dos Estados-Membros. Por isso, no momento em que uma diretiva é elaborada de modo que apresenta mais do que apenas diretrizes, dispondo de uma completa normatividade e atendendo ao critério fixado pelo TCE, terá aplicabilidade direta em razão de pertencer a uma ordem jurídica nova e autônoma que, como esclareceu aquele Tribunal, limita as soberanias dos Estados-Membros, criando direitos e obrigações tanto para eles quanto para seus nacionais.

Em síntese, temos que a disciplina da inserção e da hierarquia das normas internacionais, quando se tratarem de direito comunitário, não mais pertence aos critérios internos de cada Estado-Membro, ficando sujeita à orientação supranacional da CE. Observamos assim novos contornos para a relação entre direito interno e direito internacional, ainda que se possa questionar o caráter internacional do direito comunitário.

2. *Os acordos regionais nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros do Mercosul*

Feitas todas essas considerações, chegamos, por fim, ao momento de examinar a aplicabilidade, bem como a posição hierárquica das normas convenionadas no âmbito do processo de integração do Cone Sul. Os acordos aqui

fundándose en el espíritu, en el contexto y en los objetivos de los Tratados, así como en el efecto útil de los mismos. Pero para eso formuló el siguiente criterio: para que una norma de derecho comunitario sea directamente aplicable, debe ser positiva, clara y precisa, incondicional, completa y jurídicamente perfecta.

Una norma es clara y precisa cuando contiene reglas imperativas de hacer o de no hacer, no siendo, por lo tanto, vaga ni genérica. Es completa y jurídicamente perfecta cuando no requiere intervención complementar de los Estados Miembros para poder generar efectos, bastándose a si propia; se encuadra aquí también a la norma que, aunque requiera una medida de los Estados, no le permita a éstos ningún poder arbitrario. Por último, es incondicional la norma cuando no está sujeta a plazo o reserva.

Como se puede observar, son requisitos intrínsecos a la norma, que condicionan por lo tanto la aplicabilidad directa en sentido material. Ahora bien, cómo es posible hablar de ella cuando no se tiene la aplicabilidad directa en sentido formal? Parece lógico que el examen sobre la aplicabilidad de una norma según sus elementos materiales queda solamente cuando su aplicabilidad sea formalmente inquestionable. Sabemos que en los ordenamientos jurídicos donde las normas de derecho internacional no tienen aplicabilidad directa porque rige el sistema de la transformación, jamás se cogitará sobre la aplicabilidad de esas normas en base a su grado de normatividad.

Sucede que el Tratado de Roma no atribuyó aplicabilidad directa a las directivas precisamente en razón de la naturaleza de tales normas, que, como el propio nombre ya lo dice, es programática, dado que ellas tienen como función establecer directrices para la legislación interna de los Estados Miembros. Por ello, en el momento en que una directiva es elaborada de modo que presenta nada más que directrices, disponiendo de una completa normatividad y atendiendo al criterio fijado por el TCE, tendrá aplicabilidad directa en razón de pertenecer a un orden jurídico nuevo y autónomo que, como aclaró aquel Tribunal limita las soberanías de los Estados Miembros, creando derechos y obligaciones tanto para ellos como para sus nacionales.

En síntesis, vemos que la organización de la inserción y de la jerarquía de las normas internacionales, cuando tratan del derecho comunitario, no pertenece más a los criterios internos de cada Estado Miembro, quedando sujeta a la orientación supranacional de la CE. Observamos así nuevos contornos para la relación entre derecho interno y derecho internacional, aunque se pueda cuestionar el carácter internacional del derecho comunitario.

2. *Los acuerdos regionales en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros del Mercosur*

Hechas todas esas consideraciones, llegamos, por fin, al momento de examinar la aplicabilidad, así como la posición jerárquica de las normas convenionadas en el ámbito del proceso de integración del Cono Sur. Los acuerdos

em pauta. que procuramos descrever anteriormente, são tratados internacionais *lato sensu* e, por isso, relacionam-se com o direito interno brasileiro da mesma forma que qualquer norma de direito internacional geral.

Embora o Tratado de Assunção estabeleça a constituição de um mercado comum entre os Estados pactantes, o que configura claramente a integração entre estes, não cria uma nova ordem jurídica regional (ou sub-regional) autônoma como é a da CE. Permanece assim o Mercosul, quanto aos seus instrumentos, no quadro do direito internacional clássico.

Observamos que os acordos regionais de que tratamos não contêm qualquer disposição expressa que determine a aplicabilidade direta de suas normas e, quanto ao espírito e ao contexto dos mesmos acordos, não parece haver aí elementos a partir dos quais se possa deduzir a intenção dos Estados contratantes de criar normas diretamente aplicáveis. A não-instituição de órgãos supranacionais dificulta também a interpretação no sentido de caracterizar os acordos regionais como instrumentos formadores de uma nova ordem jurídica, autônoma e criadora de direitos e obrigações para os particulares⁷⁵.

Entretanto, no que toca às disposições de natureza tributária contidas em tais acordos, é muito diversa a situação dentro do ordenamento jurídico brasileiro, em virtude do artigo 98 do Código Tributário Nacional. Como vimos, dispõe ele que as normas de natureza tributária contidas em tratados e convenções devem ser aplicadas e prevalecem sobre o direito nacional, até mesmo sobre lei posterior.

Tal entendimento vem sendo confirmado na jurisprudência brasileira, na medida em que esta tem reconhecido, por exemplo, a aplicabilidade direta do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), o que — ressaltamos — não ocorre na grande maioria dos países signatários desse acordo. De fato, o GATT é considerado um acordo internacional clássico, cabendo aos Estados-Partes definir a relação entre suas normas de direito interno e as normas criadas no âmbito desse acordo.

Com efeito, diversas são as decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido de dar aplicabilidade direta ao GATT, mais precisamente ao seu art. 3º, que prevê a não-discriminação interna do produto estrangeiro em relação ao produto nacional. Queremos salientar que o GATT tem sido aplicado enquanto norma internacional, isto é, figura nas decisões sempre enquanto “o Tratado” ou “o Acordo.”

Desse modo, parece lícito invocar a aplicação das disposições de natureza tributária dos acordos regionais acima descritos perante os tribunais nacionais,

75. Note-se que o Tratado de Assunção prevê a revisão do atual quadro institucional, e um tribunal supranacional eventualmente criado poderia vir a interpretar os referidos acordos no sentido de atribuir-lhes a aplicabilidade direta, fundando-se no efeito útil desses acordos, visando assim a salvaguardar a realização dos objetivos por eles propostos. Tal parece possível somente se os Estados-Membros abdicarem de uma parte de seus poderes soberanos.

aquí en pauta, que tratamos de describir anteriormente, son tratados internacionales *lato sensu* y por ello se relacionan con el derecho interno brasileño de la misma forma que cualquier norma de derecho internacional general.

Aunque el Tratado de Asunción establezca la constitución de un mercado común entre los Estados pactantes, lo que configura claramente la integración entre éstos, no crea una nueva orden jurídica regional (o subregional) autónoma, como es la de la CE. Permanece así el Mercosur, en cuanto a sus instrumentos, en el cuadro del derecho internacional clásico.

Observamos que los acuerdos regionales de que tratamos no contienen ninguna disposición expresa que determine la aplicabilidad directa de sus normas y, en cuanto al espíritu y al contexto de los mismos acuerdos, no parece haber allí elementos a partir de los cuales se pueda deducir la intención de los Estados contratantes de crear normas directamente aplicables. La no institución de órganos supranacionales dificulta también la interpretación en el sentido de caracterizar los acuerdos regionales como instrumentos formadores de un nuevo orden jurídico, autónomo y creador de derechos y obligaciones para los particulares⁷⁵.

Mientras tanto, en lo que concierne a las disposiciones de naturaleza tributaria contenidas en tales acuerdos, es muy diversa la situación dentro del ordenamiento jurídico brasileño, en virtud del artículo 98 del Código Tributario Nacional. Como vemos, este dispone que las normas de naturaleza tributaria contenidas en tratados y convenciones deben ser aplicadas y prevalecen sobre el derecho nacional, y aún hasta sobre la ley posterior.

Tal entendimiento viene siendo confirmado en la jurisprudencia brasileña, en la medida en que ésta ha reconocido, por ejemplo, la aplicabilidad directa del Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio (GATT), lo que destacamos — no ocurre en la grande mayoría de los países signatarios de ese acuerdo. De hecho, el GATT es considerado un acuerdo internacional clásico, cabiendo a los Estados Partes definir la relación entre sus normas de derecho interno y las normas creadas en el ámbito de ese acuerdo.

En efecto, diversas son las decisiones del Supremo Tribunal Federal en el sentido de dar aplicabilidad directa al GATT, más precisamente a su art. 39, que prevee la no discriminación interna del producto extranjero en relación al producto nacional. Queremos destacar que el GATT ha sido aplicado como norma internacional, es decir, figura en las decisiones siempre como “el Tratado” o “el Acuerdo”.

De ese modo, parece lícito invocar la aplicación de las disposiciones de naturaleza tributaria de los acuerdos regionales arriba descriptos ante los

75. Nótese que el Tratado de Asunción prevee la revisión del actual cuadro institucional, y un tribunal supranacional eventualmente creado podría venir a interpretar los referidos acuerdos en el sentido de atribuirles la aplicabilidad directa, fundándose en el efecto útil de esos acuerdos, con miras a salvaguardar la realización de los objetivos por ellos propuestos. Esto parece posible solamente si los Estados Miembros abdicasen de una parte de sus poderes soberanos.

com base no art. 98 do Código Tributário Nacional. No entanto, somente aquelas normas que forem claras, precisas e complexas no seu objeto, nos seus pressupostos e no fim a que se destinam poderão gerar direitos e obrigações aos particulares.

Cuida-se aí do grau de normatividade, de que depende a norma para ter aplicabilidade direta em sentido material, já que o art. 98 garante às normas convencionais de direito tributário a aplicabilidade direta em sentido formal. Portanto, quanto aos acordos regionais, resta ainda a dizer que apenas as disposições completas em sua normatividade poderão ser aplicáveis mediante o artigo 98 do CTN.

Nesse sentido, poderíamos mencionar, como exemplo sugestivo, o artigo 7º do Tratado de Assunção ou o artigo 3º do Anexo I. O primeiro é absolutamente claro, preciso e completo ao dispor sobre o princípio da assimilação do produto estrangeiro ao nacional; o segundo, que regula o programa de desagravação aduaneira, embora requeira alguns atos estatais no decorrer desse programa, é também absolutamente claro, preciso e completo ao prever alíquota alfandegária zero após 31 de dezembro de 1995.

Aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado pelo Executivo, o Tratado de Assunção em seu capítulo II dispõe sobre a estrutura orgânica do Mercosul, na qual figuram o Conselho do Mercosul e o Grupo Mercado Comum. Órgão superior do Mercado Comum, ao Conselho corresponde a tomada de decisões para assegurar o cumprimento dos objetivos e prazos estabelecidos para a constituição definitiva do Mercosul (art. 10 do Tratado).

E, conforme o artigo 11, o Conselho poderá se reunir tantas vezes quantas estime necessário durante o ano, ocasiões em que se produzem as decisões. São instrumentos mediante os quais a vontade do Conselho Mercado Comum é expressa, configurando, *logó*, a produção convencional desse órgão relativamente aos rumos a serem cursados pelo programa integracionista. E, através das mesmas, verifica-se nitidamente uma aceleração do processo de integração do Mercosul⁷⁶.

Dado o caráter internacional, não supranacional, dos órgãos instituídos pelo Tratado, as mencionadas decisões pertencem ao domínio do direito internacional clássico, ainda que derivadas do Tratado de Assunção. Observe-se que, via de regra, não dependem de nova manifestação parlamentar para que vinculem os Estados-Membros, merecendo, portanto, a qualidade de acordos em forma simplificada.

Surge, então, a questão de saber se tais atos caberiam na hipótese do artigo 98 do CTN. Note-se que as decisões do Conselho são concluídas pela mais alta autoridade encarregada das relações internacionais do Estado, o

76. As primeiras decisões foram adotadas durante as reuniões de Brasília, de 17 de dezembro de 1991, e de Las Leñas, em 26 e 27 de junho de 1992.

tribunales nacionales, en base al art. 98 del Código Tributario Nacional. Sin embargo, solamente aquellas normas que fueron claras, precisas y completas en su objeto, en sus presuposiciones y en el fin al que se destinan podrán generar derechos y obligaciones a los particulares.

Se refiere ahí al grado de normatividad, de que depende la norma para tener aplicabilidad directa en sentido material, ya que el art. 98 garantiza a las normas convencionales de derecho tributario la aplicabilidad directa en sentido formal. Por lo tanto, en relación con los acuerdos regionales, resta aún decir que solamente las disposiciones completas en su normatividad podrán ser aplicables mediante el artículo 98 del CTN.

En este sentido, podríamos mencionar, como ejemplos sugestivos, el artículo 7º del Tratado de Asunción o el artículo 3ro. del Anexo I. El primero es absolutamente claro, preciso y completo al disponer sobre el principio de la asimilación del producto extranjero al nacional; el segundo, que regula el programa de desgravación aduanera, aunque requiera algunos actos estatales en el transcurso de ese programa, es también absolutamente claro, preciso y completo al prever alícuota aduanera cero a partir de 31 de diciembre de 1995.

Aprobado por el Congreso Nacional y ratificado por el Ejecutivo, el Tratado de Asunción en su Capítulo II dispone sobre la estructura orgánica del Mercosur, en la cual figuran el Consejo del Mercado Común y el Grupo Mercado Común, órgano superior del Mercado Común, al Consejo corresponde la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos y plazos establecidos para la constitución definitiva del Mercosur (art. 10 del Tratado).

Y, según el artículo 11, el Consejo podrá reunirse tantas veces como estime necesario durante el año, ocasiones en que se producen las Decisiones. Son instrumentos mediante los cuales la voluntad del Consejo Mercado Común es expresa, configurando, así, la realización convencional de ese órgano, en relación a los rumbos a ser cursados por el programa integracionista. Y, a través de las mismas, se comprueba nitidamente una aceleración del proceso de integración del Mercosur⁷⁶. Dado el carácter internacional, no supranacional, de los órganos instituídos por el Tratado, las mencionadas Decisiones pertenecen al dominio del Derecho Internacional clásico, aunque derivadas del Tratado de Asunción. Obsérvese que, vía de regla, no dependen de nueva manifestación parlamentar para que vinculen los Estados Miembros mereciendo, por lo tanto, la calidad de acuerdos en forma simplificada.

Surge entonces la cuestión de saber si tales actos cabrían en la hipótesis del artículo 98 del CTN. Nótese que las Decisiones del Consejo son concluídas por la más alta autoridad encargada de las relaciones internacionales del

76. Las primeras Decisiones fueron adoptadas durante las reuniones de Brasilia, del 17 de diciembre de 1991, y de Las Leñas, el 26 y 27 de junio de 1992.

que, já na concepção de Badesvant, era tida como característica fundamental de um tratado.

Ao aprovar o Tratado de Assunção, o Poder Legislativo avalizou o conteúdo desse acordo, que, em seu artigo 16, prevê textualmente dita produção convencional, logicamente, durante o período de transição estabelecido pelo Tratado-marco.

Convém salientar também que os Poderes Executivos dos Estados-Partes assumem a obrigação no sentido de manter seus respectivos Poderes Legislativos informados sobre a evolução do Mercado Comum, como consta do art. 24.

Em vista da reciprocidade de direitos e obrigações na qual se fundam as relações dos Países-Membros do Mercosul, vemos o artigo 98 do CTN como um instrumento a mais, de forma alguma desprezível, para o aprofundamento do esquema de integração, iniciado com o Tratado de Assunção. Ao dar aplicabilidade direta às decisões, no que estas versarem sobre tributos ou relações a eles pertinentes, o Estado brasileiro estará manifestando sua expectativa de que igual procedimento se verifique nas ordens internas dos demais Estados, obrigados pelo Tratado.

Na eventualidade de que se reconheça aplicabilidade direta ao campo material tributário contido em determinada Decisão do Conselho, estaria o Brasil, então, em plenas condições de exigir, com base no artigo 2º do Tratado de Assunção, o cumprimento, por parte dos demais Estados pactuantes, das obrigações a que se vincularam.

Não visualizamos embasamento sólido o bastante para afastar a aplicação do disposto no artigo 98 do CTN às decisões do Conselho versando sobre matéria tributária, uma vez que tais decisões são tomadas no interesse maior da integração latino-americana, interesse rigorosamente constitucional, cristalizado no princípio-base do art. 4º da Constituição brasileira.

CONCLUSÃO

Essa é a situação das normas criadas no âmbito do processo de integração do Cone Sul, e particularmente das de natureza tributária, quanto à aplicabilidade e à hierarquia.

Temos, no caso brasileiro, um dispositivo legal que muito bem se adapta ao imperativo de coordenação da fiscalidade no processo de integração das economias do Cone Sul.

Estando o Tratado de Assunção apoiado sobre o princípio da reciprocidade de direitos e obrigações entre os Estados-Partes, a eficácia que no Brasil venhamos a contemplar às normas tributárias do Mercosul implicará, desde logo, a obrigação por parte dos demais Estados pactuantes de adotarem igual procedimento.

De forma alguma poderá ser desprezada a importância de dispormos de norma tal como a do artigo 98 do Código Tributário Nacional. Neste

Estado, el que, ya en la concepción de Badesvant, era tenida como característica fundamental de un tratado.

Al aprobar el Tratado de Asunción, el Poder Legislativo evaluó el contenido de ese acuerdo, que, en su artículo 16, prevee textualmente dicha realización convencional, lógicamente, durante el período de transición establecido por el Tratado marco.

Conviene destacar también que los Poderes Ejecutivos de los Estados Partes asumen la obligación en el sentido de mantener sus respectivos Poderes Legislativos informados sobre la evolución del Mercado Común, como consta en el art. 24.

En vista de la reciprocidad de derechos y obligaciones en la cual se fundan las relaciones de los países miembros del Mercosur, vemos el artículo 98 del CTN como un instrumento más, de ninguna forma despreciable, para profundizar el esquema de integración iniciado con el Tratado de Asunción. Al dar aplicabilidad directa a las Decisiones, en lo que éstas versan sobre tributos o relaciones pertinentes a ellos, el Estado brasileño estará manifestando su expectativa de que igual procedimiento se compruebe en los órdenes internos de los demás Estados obligados por el Tratado.

En la eventualidad de que se reconozca la aplicabilidad directa en el campo material tributario contenido en determinada Decisión del Consejo, estaría el Brasil, entonces, en plenas condiciones de exigir, en base al artículo 2do. del Tratado de Asunción, el cumplimiento, por parte de los demás Estados pactantes, de las obligaciones a que se vincularon.

No vislumbramos obstáculo suficientemente sólido como para impedir la aplicación de lo dispuesto en el artículo 98 del CTN a las Decisiones del Consejo versando sobre la materia tributaria, una vez que tales decisiones son tomadas con el interés mayor de la integración latinoamericana, interés, rigurosamente constitucional, cristalizado en el principio base del artículo 4to. de la Constitución brasileña.

CONCLUSIÓN

Ésa es la situación de las normas creadas en el ámbito del proceso de integración del Cono Sur, y particularmente de las de naturaleza tributaria, en lo que atañe a aplicabilidad y jerarquía.

Tenemos, en el caso brasileño, una disposición legal que se adapta muy bien al imperativo de coordinación de la fiscalización en el proceso de integración de las economías del Cono Sur.

Estando el Tratado de Asunción apoyado sobre el principio de la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados Partes, la eficacia que en el Brasil consideremos en las normas tributarias del Mercosur implicará, desde luego, la obligación por parte de los demás Estados pactantes de adoptar igual procedimiento.

período de transição, não é difícil visualizar com suficiente clareza o papel que, no Mercosul, poderá vir a desempenhar. Temos um claro exemplo na cláusula da não-discriminação do produto estrangeiro, que tem sua aplicabilidade e seu primado garantidos pelo artigo 98 do CTN.

Contudo, permitimo-nos enfatizar a necessidade de que a questão da aplicabilidade e *status* hierárquico da produção normativa que, inexoravelmente, veremos acrescer novos valores ao patrimônio jurídico dos particulares, seja tratada no plano das relações entre os Estados-Partes, na esfera internacional.

Se o Tratado de Assunção ambiciona atingir um mercado comum, imprescindível será então que passemos a pensar não mais no direito interno como o foro para disciplinar a inserção e a hierarquia das normas internacionais relativas ao processo de integração. Os moldes clássicos deverão ser substituídos pela estatuição de atos normativos regionais, cujos mecanismos de recepção e posição hierárquica sejam comuns aos quatro Estados-Partes, permitindo-se, assim, uma harmonização das ordens jurídicas nacionais como o novo ordenamento que passará a se edificar sobre as ordens estatais dos países do Cone Sul.

De ninguna forma podrá ser despreciada la importancia de disponer de una norma tal como la del artículo 98 del Código Tributario Nacional. En este período de transición, no es difícil vislumbrar con suficiente claridad el papel que, en el Mercosur, podrá venir a desempeñar. Tenemos un claro ejemplo en la cláusula de la no discriminación del producto extranjero, que tiene su aplicabilidad y su primacía garantizadas por el artículo.

Con todo, nos permitimos dar énfasis a la necesidad de que la cuestión de la aplicabilidad y *status* jerárquico en la realización normativa que, inexorablemente, veremos agregar nuevos valores al patrimonio jurídico de los particulares, sea tratada en el plano de las relaciones entre los Estados Partes, en la esfera internacional.

Si el Tratado de Asunción ambiciona alcanzar un mercado común, será imprescindible que comencemos a pensar en el derecho interno no más como el fuero para reglamentar la inserción y la jerarquía de las normas internacionales relativas al proceso de integración. Los moldes clásicos deberán ser substituídos por el establecimiento de actos normativos regionales, cuyos mecanismos de aceptación y posición jerárquica sean comunes a los cuatro Estados Partes, permitiéndose, así, una armonización de los órdenes jurídicos nacionales como el nuevo ordenamento que pasará a edificarse sobre las órdenes estatales de los países del Cono Sur.