

Todos os direitos reservados à  
LIVRARIA E EDITORA RENOVAR LTDA.  
MATRIZ: Rua da Assembléia 10/2.421 — Centro  
CEP 20111-000 — Tels.: (021) 531-2205 / 531-1618 — Fax: (021) 531-2135  
LIVRARIA: Rua da Assembléia, 10 - loja E — Centro — RJ  
CEP: 20011-000 — Tels.: (021) 531-1316 / 531-1338 — Fax: (021) 531-2135  
FILIAL RJ: Rua Antunes Maciel, 177 — São Cristóvão — RJ  
CEP: 20940-010 — Tel s.: (021) 589-1863 / 580-8596 — Fax: (021) 589-1962  
FILIAL SÃO PAULO: Rua Santo Amaro, 331 a 347 — loja 10 — Bela Vista — SP  
— CEP: 01315-001

*Conselho Editorial*

Arnaldo Lopes Sussekind — Presidente  
Carlos Alberto Menezes Direito  
Caio Tácito  
Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.  
Celso de Albuquerque Mello  
Ricardo Pereira Lira  
Ricardo Lobo Torres

*Revisão tipográfica*

Paulo Gomes  
Maria da Glória S. de Carvalho

*Capa*

Julio Cesar Gomes

*Editoração Eletrônica*

TopTextos Edições Gráficas Ltda.

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

**UERJ**

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REVISTA

DA

FACULDADE DE DIREITO

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO. V.1-  
N.4- 1994- Rio de Janeiro: UERJ,  
1996  
V. Anual  
  
1.  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito.  
CDU 34 (05)

Proibida a reprodução (Lei nº 5.988/73)  
Impresso no Brasil  
Printed in Brazil

ISSN 0104-0367

Rev. da Fac. de Direito	Rio de Janeiro	N. 4	P. 1-418	1996
----------------------------	-------------------	------	-------------	------

## A CONSTITUIÇÃO E O CONFLITO DE NORMAS NO ESPAÇO. DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL

LUÍS ROBERTO BARROSO\*

O direito internacional privado visa a solucionar o conflito de leis no espaço, vale dizer, o entrechoque de normas que emanam de soberanias diferentes.<sup>1</sup> Ele regula os fatos em conexão com leis autônomas e divergentes.<sup>2</sup> A despeito da denominação imprecisa,<sup>3</sup> sua atuação não se restringe ao campo do direito

1 Sobre o tema, na literatura nacional mais recente, vejam-se, Haroldo Valladão, *Direito Internacional Privado*, vol. 1, 1974, Jacob Dolinger, *Direito Internacional Privado (Parte Geral)*, 1994, Oscar Tenório, *Direito Internacional Privado*, 1976, Amílcar de Castro, *Direito Internacional Privado*, 1987, Irineu Strenger, *Curso de Direito Internacional Privado*, 1978, Wilson de Souza Campos Batalha, *Tratado de Direito Internacional Privado*, 1977, e Agostinho Fernandes Dias da Silva, *Introdução ao Direito Internacional Privado*, 1975. Na literatura internacional, são fontes de referência clássicas as obras seguintes: Savigny, *Traité de Droit Romain* (1855-1860); Story, *Comentários sobre el Conflito de las Leyes* (1834); Pillet, *Principes de Droit International Privé* (1903); Nyboyet, *Traité de Droit International Privé Français* (1944); Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado* (1963); Battifol & Lagarde, *Droit International Privé* (1981-1983).

2 Haroldo Valladão, ob. cit., p. 4, e Oscar Tenorio, ob. cit., p.13. Existe vasta controvérsia acerca do objeto do Direito Internacional Privado, não sendo esta a sede própria para reeditá-la. Conforme o País ou o autor, tem sido incluído no domínio do direito internacional privado o estudo da nacionalidade, da condição jurídica do estrangeiro, da teoria dos direitos adquiridos, do conflito de jurisdição e do reconhecimento de sentenças estrangeiras. Há consenso, todavia, em que a solução do conflito de leis é sua principal razão de existir. V. amplo levantamento sobre o tema em Jacob Dolinger, ob. cit., p. 1 e ss.

3 A denominação Direito Internacional Privado foi utilizada pela primeira vez por Joseph Story (*Comentários sobre os Conflitos de las Leyes*, 1834, p.12) e adotada na França por M. Foelix (*Traité du Droit International Privé ou du conflit des Lois de différent nations. en matière de droit privé*, 1843). Embora se mantenha fiel à denominação tradicional, a doutrina é unânime em condenar o termo *internacional* — o direito internacional privado é predominantemente interno e não disciplina relações entre nações — e o termo *privado*, já que abrange conflitos regidos pelo direito público, sendo o seu próprio papel de solução de conflitos de leis de natureza eminentemente pública.

\* Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UERJ.

privado, estendendo-se a diferentes domínios do direito público, haja vista existirem conflitos potenciais entre normas constitucionais, penais, fiscais e financeiras dos diferentes Estados.

O direito internacional privado abrange os conflitos de leis, sem qualquer cogitação a respeito da natureza das normas da divisão clássica.<sup>4</sup> Seu papel não é o de formular a regra que vai reger o caso concreto, mas, sim, indicar, dentre as normas que dispõem diferentemente sobre uma mesma matéria, qual deverá prevalecer em uma dada situação. Por tal razão, diz-se que as normas de direito internacional privado são indiretas.<sup>5</sup>

As regras de direito internacional privado são, normalmente, disposições de direito interno, de vez que cada ordenamento jurídico estabelece suas próprias regras de solução de conflitos. Tais preceitos, que se denominam regras de conexão, indicam qual dos ordenamentos jurídicos em contato com uma dada relação deverá prevalecer e discipliná-la.

Paralelamente a isto, e ingressando em faixa de intensa conexão com o direito internacional público, existem normas que não são criadas pelo órgão legislativo interno, mas, sim, resultam de acordos entre Estados: são os tratados e convenções internacionais. Surge, aí, nova possibilidade de conflito: o que venha a contrapor a norma internacional e os princípios e regras de direito interno. É o chamado conflito entre fontes. Para os fins do estudo aqui desenvolvido, interessa especialmente a incompatibilidade entre o tratado e a Constituição.

Há, ainda, outro ponto relevante na determinação de qual lei vai reger a hipótese. É que ao solucionar um conflito de leis, a regra de direito internacional privado pode indicar como aplicável uma lei de seu próprio ordenamento — a *lex fori* — ou pode apontar para a aplicação de norma de outro ordenamento jurídico. Disto resulta que aos juízes e tribunais de um Estado caberá, por vezes, aplicar direito estrangeiro. Ao fazê-lo, terão de apreciar alguns aspectos importantes desta interação de duas ordens legais. Dentre eles se inclui a verificação da compatibilidade entre a norma estrangeira e a Constituição, seja a do Estado de origem, seja a do foro.

A expressão direito constitucional internacional é aqui empregada em associação com a idéia de direito internacional privado acima exposta. Por tal designação se identifica o conjunto de princípios e de regras que envolvem a

4 Oscar Tenório, ob. cit., p.13.

5 V. Jacob Dolinger, ob. cit., p. 48: "Estas normas do Direito Internacional Privado apenas indicam qual, dentre os sistemas jurídicos de alguma forma ligados à hipótese, deve ser aplicado". O autor refere, também, alguns casos em que, excepcionalmente, a regra de direito internacional privado terá caráter direto, substancial.

solução dos conflitos existentes entre as normas internacionais e estrangeiras, de um lado, e as normas constitucionais, de outro.

Na acepção adotada, o conceito de direito constitucional internacional não se confunde com o estudo dos preceitos constitucionais que, genérica e difusamente, tenham algum reflexo internacional, como os que versam a nacionalidade, a condição jurídica do estrangeiro ou as relações externas do País<sup>6</sup>. O objeto de que aqui se cuida é mais restrito: trata-se tão-somente de encontrar a solução para os conflitos do tipo acima descritos.

### 1. O tratado internacional e a Constituição

O tema do conflito entre as normas internacionais e a ordem interna evoca duas grandes correntes doutrinárias que disputam o melhor equacionamento da questão: o dualismo, pregado no âmbito internacional por Triepel e Anzilotti,<sup>7</sup> e seguido no Brasil por Amílcar de Castro; e o monismo, concepção desenvolvida por Hans Kelsen, e seguido no Brasil pela maior parte da doutrina, inclusive Valladão,<sup>8</sup> Tenório,<sup>9</sup> Celso Albuquerque Mello<sup>10</sup> e Marotta Rangel.<sup>11</sup>

Para os dualistas, inexistente conflito possível entre a ordem internacional e a ordem interna simplesmente porque não há qualquer interseção entre ambas. São esferas distintas, que não se tocam. Assim, as normas de direito internacional disciplinam as relações entre Estados, e entre estes e os demais protagonistas da sociedade internacional. De sua parte, o direito interno rege as relações intra-estatais, sem qualquer conexão com elementos externos. Nesta ordem de idéias, um ato internacional qualquer, como um tratado normativo, somente operará efeitos no âmbito interno de um Estado se uma lei vier incorporá-lo ao ordenamento jurídico positivo. Os autores se referem a esta lei como "ordem de execução".<sup>12</sup>

6 É nesta acepção mais ampla que a expressão foi empregada por Celso Albuquerque Mello, em seu *Direito Constitucional Internacional*, 1994.

7 Vejam-se Heinrich Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, p. 169 e ss., e Dionisio Anzilotti, *Cours de Droit International*, 1929, p. 49 e ss. Vejam-se, também, Triepel, *Recueil des Cours* (Cursos proferidos na Academia de DIP da Haya) 1/79 e ss. *apud* Haroldo Valladão, ob. cit., p. 51 e Anzilotti, *Curso de Derecho Internacional*, p. 48, *apud* Amílcar de Castro, ob. cit., p. 123.

8 Ob.cit., ps. 53 e 94.

9 Ob. cit., ps. 93 e ss.

10 Ob. cit., p. 344.

11 V. Os *Conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais*, in Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional 44/45, p. 29.

12 Amílcar de Castro, ob. cit., p. 123, citando Morelli, *Nozioni di Diritto Internazionale*, p. 91 e ss.

O monismo jurídico afirma, com melhor razão, que o Direito constitui uma unidade, um sistema, e que tanto o direito internacional quanto o direito interno integram este sistema. Por assim ser, torna-se imperativa a existência de normas que coordenem estes dois domínios e que estabeleçam qual deles deve prevalecer em caso de conflito. Kelsen admite, em tese, o monismo com prevalência da ordem interna e o monismo com prevalência da ordem internacional, embora seja partidário deste último.<sup>13</sup> A superioridade do direito internacional sobre o direito interno de cada Estado foi afirmada, desde 1930, pela Corte Permanente de Justiça Internacional.<sup>14</sup>

A Constituição da maior parte dos Países europeus contém regras sobre as relações entre o direito interno e o direito internacional, normalmente no sentido de considerar este último como parte integrante do primeiro.<sup>15</sup> Não, assim, a Constituição da França, de 1958, que é expressa no sentido da superioridade do direito internacional, bem como a da Holanda, de 1983.<sup>16</sup> A verdade, no entanto, é que a jurisprudência restritiva dos tribunais tende a neutralizar esta supremacia formal,<sup>17</sup> salvo quanto ao direito comunitário europeu, que tem desfrutado de primazia sobre o direito interno.<sup>18</sup>

13 Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 1979, p. 437 e ss., especialmente 442 a 447.

14 Em parecer consultivo proferido em 31.07.30, assim pronunciou-se a Corte: "É princípio geral reconhecido, do direito internacional, que, nas relações entre potências contratantes de um tratado, as disposições de uma lei não podem prevalecer sobre as do tratado" (*apud* Hildebrando Accioly, *Manual de Direito Internacional Público*, 1978, p. 6).

15 V. Constituição da Áustria, de 1929, art. 9º; Constituição da Alemanha, de 1949, art. 25; Constituição da Itália, de 1947, art. 10.

16 Constituição da França, art. 55: "Os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, a partir de sua publicação, uma autoridade superior à das leis, desde que respeitadas pela outra parte signatária". Constituição da Holanda, art. 94: "As disposições legais em vigor no Reino deixarão de se aplicar quando colidirem com disposições de tratados obrigatórias para todas as pessoas ou com decisões de organizações internacionais". No mesmo sentido é o art. 15, nº 4 da nova Constituição russa, aprovada por referendo popular em 12.12.93 (v. Gennady M. Danilenko, *The New Russian Constitution and International Law*, in *American Journal of International Law* 88/451, 1994, p. 464 e ss).

17 Jacob Dolinger, *ob. cit.*, p. 83.

18 *Idem*. V. também Celso Albuquerque Mello, *ob. cit.*, p. 325: "Quanto ao D. Comunitário ele tem sido visto como um ramo do DIP com características próprias, por exemplo, a supranacionalidade, a cessão de competências soberanas à comunidade. Ele é considerado uma categoria especial dentro da ordem jurídica dos Estados-membros. Esta é a posição da Corte de Justiça das Comunidades Europeias". Sobre o tema, v. *infra*, acórdão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, nota. J.J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional*, 1991, p. 915-16) assinala que os tratados institutivos das comunidades europeias e as disposições comunitárias dotadas de aplicabilidade direta impõem-se sobre a legislação interna, quer com base no princípio da especialidade ou no da *competência prevalente*. Note-se que, nesta segunda hipótese, a prevalência não implica em ab-rogação das normas internas precedentes ou na invalidade das subseqüentes (*Anwendungsvorrang*).

Nos Estados Unidos, a jurisprudência, de longa data, considerou os tratados e convenções internacionais incorporados ao direito interno, na interpretação dada ao art. 6º, 2ª seção da Constituição. Aos atos internacionais adequadamente aprovados pelo Congresso reconhece-se o mesmo nível das leis federais, de forma tal que o posterior prevalece sobre o anterior.<sup>19</sup> Paradoxalmente, na prática, o direito internacional é freqüentemente privilegiado, por força de uma atitude de deferência dos tribunais americanos, que somente consideram derrogados os atos internacionais quando seja evidente a intenção do Legislativo neste sentido.<sup>20</sup>

No Brasil não existe disposição constitucional a respeito do tema, o que tem suscitado críticas diversas.<sup>21</sup> Não obstante, no que diz respeito ao conflito entre tratado internacional e norma interna *infraconstitucional*, a doutrina, como assinalamos pouco atrás, é amplamente majoritária no sentido do monismo jurídico, com primazia para o direito internacional. Por tal postulado, o tratado prevalece sobre o direito interno, de forma a alterar a lei anterior, mas não pode ser alterado por lei superveniente. Este entendimento é positivado no art. 98 do Código Tributário Nacional.<sup>22</sup>

Curiosamente, os autores, à unanimidade, vislumbravam esta mesma orientação na jurisprudência constante e reiterada do Supremo Tribunal Federal. Por tal razão, causou imensa reação a decisão proferida pela Corte no recurso extraordinário nº 80.004, que teria quebrado longa tradição ao decidir:

*"Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-lei nº 427/69 que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título".*<sup>23</sup>

19 *V. Cherokee Tobacco*, 78 U.S. (11 Wall) 616 (1871); *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900); *Cook v. United States*, 288 U.S. 102 (1933); *Diggs v. Schultz*, 470 F. 2d 461 (D.C. Circuit) (1972), cert. den., 411 U.S. 931.

20 *V. Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States* (1988) § 14.

21 Celso Albuquerque Mello, *ob. cit.*, p. 343, e Luís Roberto Barroso, *A Brief Guide to Brazil's New Constitution and Some International Issues Arising Under It*, p. 22, mimeo, 1989.

22 CTN, art. 98: "Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha".

23 RTJ 83/809 (1978). A decisão foi criticada por José Carlos de Magalhães, que lavrou: "O que fica dessa decisão, contudo, é a impressão de recuo do Supremo à aceitação da prevalência do direito internacional. (...) Afastando-se da orientação anterior, não atentaram aqueles Ministros para a problemática da responsabilidade do Estado na ordem internacional" (O Supremo Tribunal Federal e as Relações entre Direito Interno e Direito Internacional, in *Boletim Brasileiro*

Decisões posteriores da Suprema Corte mantiveram a mesma linha de entendimento, consoante fundamentação do Ministro e internacionalista *José Francisco Rezek*:

*"O STF deve garantir prevalência à última palavra do Congresso Nacional, expressa no texto doméstico, não obstante isto importasse o reconhecimento da afronta pelo país de um compromisso internacional. Tal seria um fato resultante da culpa dos poderes políticos, a que o Judiciário não teria como dar remédio".*<sup>24</sup>

A verdade é que, em exame detido da jurisprudência, *Jacob Dolinger* constatou que a leitura que a maioria dos autores fazia das decisões do STF era antes reflexo de sua própria crença no primado do direito internacional do que expressão da realidade dos julgados. Ao contrário do sugerido, a orientação da mais alta Corte é a do monismo moderado, em que o tratado se incorpora ao direito interno no mesmo nível hierárquico da lei ordinária, sujeitando-se à regra geral: em caso de conflito, não se colocando a questão em termos de regra geral e regra particular, prevalece a norma posterior sobre a anterior.

Existem apenas duas ordens de exceções a esta equiparação entre tratado e lei ordinária na jurisprudência do Supremo. A primeira dá-se em matéria fiscal, onde o CTN (art. 98), como visto, é expresso quanto à prevalência da norma internacional. A segunda exceção colhe os casos de extradição, onde se considera que a lei interna (Lei nº 6.815, de 19.08.80), que é geral, cede vez ao tratado, que é regra especial. Confirma-se o afirmado, em palavras do próprio *Dolinger*, Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro:

*"Nossa conclusão é que, excetuadas as hipóteses de tratado-contrato,<sup>25</sup> nada havia na jurisprudência brasileira quanto à prevalência de tratados sobre lei promulgada posteriormente, e, portanto, equivocados todos os ilustres autores acima citados que lamentaram a*

de Direito Internacional 61-69/53, 1975-79, p. 56). Celso Albuquerque Mello também condenou o julgador: "Entretanto, houve no Brasil um grande retrocesso no RE nº 80.004, decidido em 1978, em que o STF decidiu que uma lei revoga tratado anterior. Esta decisão viola também a Convenção de Viena sobre direito dos tratados (1969) que não admite o término do tratado por mudança de direito superveniente" (ob. cit., p. 344).

<sup>24</sup> RTJ 115/969, 973 (1986) e RTJ 119/22, 30 (1987). Também a legislação ordinária desprezou a preferência dos doutrinadores pelo primado das normas internacionais. Assim é que a Lei nº 7.357, de 9.02.85, passou a reger os cheques sem atenção à Lei Uniforme de Genebra, fruto de convenção que fora firmada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 57.595, de 7.01.66.

<sup>25</sup> Sobre a distinção entre tratado contrato e tratado normativo, v. *infra*.

*alegada mudança na posição da Suprema Corte. A posição do STF através dos tempos é de coerência e resume-se em dar o mesmo tratamento a lei e a tratado, sempre prevalecendo o diploma posterior, excepcionados os tratados fiscais e de extradição, que, por sua natureza contratual, exigem denúncia formal para deixarem de ser cumpridos."*<sup>26</sup>

Posta a questão das relações entre o direito internacional e as disposições internas infraconstitucionais, cumpre agora investigar o tópico mais relevante para os fins aqui propostos: como se situa o Direito em face do conflito entre o direito internacional e a Constituição. O tema é envolto em controvérsias.

Seria possível cogitar, em um primeiro lance de vista, da invalidade de norma constitucional que se encontrasse em confronto com determinadas normas internacionais fundamentais, emanadas dos princípios gerais do direito e dos costumes dos povos civilizados.<sup>27</sup> Tal seria o caso de preceitos que estabelecessem a submissão jurídica de um País vizinho, prescrevesse sua anexação ou por qualquer outra via ofendesse a soberania de um outro Estado. Igual juízo recairia sobre uma disposição que pregasse o genocídio.<sup>28</sup> Os exemplos poderiam multiplicar-se, embora sempre tangenciando o absurdo. Nas hipóteses aventadas, afirmar-se-ia a supremacia do direito internacional sobre o direito constitucional.

De fato, a idéia da soberania ilimitada do poder constituinte não merece abrigo. Não é possível emprestar à Constituição todo e qualquer conteúdo, sem atender a quaisquer princípios, valores e condições.<sup>29</sup> A questão acima delineada — confronto da ordem constitucional com certos valores universais —, embora suscite a interessantíssima discussão acerca dos limites materiais do poder constituinte originário, é mais teórica do que real, pelo que se situa fora do objeto de um estudo mais preocupado com a aplicação concreta do direito constitucional.

<sup>26</sup> Ob. cit., p. 102. Sobre a distinção entre tratado-lei e tratado-contrato, v. *infra*.

<sup>27</sup> O Estatuto da Corte Internacional de Justiça prevê como fontes do direito internacional público — isto é, normas internacionais — os tratados (convenções internacionais), o costume internacional e os princípios gerais do direito. Faz referência, ainda, à jurisprudência e à doutrina como fontes auxiliares, e facultou o emprego da equidade (art. 38).

<sup>28</sup> Agostinho Fernandes Dias da Silva (ob. cit., p. 33) sugere alguns outros exemplos, como o de norma constitucional que estabelecesse o domínio universal como objetivo nacional, que afirmasse a hegemonia nacional sobre um continente ou elegesse a guerra como meio de solução de conflitos. E averbou: "As normas internacionais básicas são indenunciáveis e irrevogáveis, por isso prevalecerão sempre".

<sup>29</sup> V. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, 1983, p. 86.

A análise a seguir desenvolvida concentra-se no confronto entre o ordenamento interno superior e o direito internacional convencional. E muito embora haja quem sustente que todo direito verdadeiramente internacional repousa sobre o consentimento,<sup>30</sup> interessa-nos aqui, particularmente, o específico ato de vontade, convencional por excelência, que é o tratado internacional,<sup>31</sup> e como ele se coloca diante da Constituição do Estado que o celebrou.

Assim como no direito interno uma norma sujeita-se ao contraste constitucional tanto do ponto de vista formal quanto material, também os tratados internacionais submetem-se a esta dupla apreciação. Por via de consequência, é possível avaliá-los sob dois aspectos: o de sua constitucionalidade extrínseca e o de sua constitucionalidade intrínseca.

A inconstitucionalidade, na primeira hipótese, também denominada ratificação imperfeita, ocorre quando o tratado aprovado viola as regras constitucionais de competência e de procedimento para sua celebração, aprovação parlamentar, ratificação e entrada em vigor.<sup>32</sup> A doutrina oscilou entre admitir-lhe a validade, a despeito do vício formal, ou proclamar-lhe a nulidade.<sup>33</sup> A convenção sobre Direito dos Tratados (Viena, 1969) tomou partido na controvérsia, afirmando a validade do tratado em tal hipótese, salvo manifesta violação de norma fundamental sobre competência.<sup>34</sup>

A doutrina monista do primado do direito internacional só admite esta hipótese de inconstitucionalidade do tratado, rejeitando qualquer possibilidade de seu exame intrínseco para verificação da compatibilidade com a Lei maior. Diversos são os autores de reputação que sustentam a primazia do tratado sobre a própria Constituição.

<sup>30</sup> José Francisco Rezek, *Direito Internacional Público*, 1989, p. 3.

<sup>31</sup> Os tratados são atualmente a fonte mais importante do direito internacional (v. Celso D. de Albuquerque Mello, *Direito Internacional Público*, vol. I, p. 157). A Convenção sobre Direito dos Tratados (Viena, 1969) fornece a seguinte definição (art. 1º, a): "Tratado significa um acordo internacional celebrado entre Estados em forma escrita e regido pelo direito internacional, que conste, ou de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica".

<sup>32</sup> Na Constituição brasileira, a celebração de tratados, convenções e atos internacionais é competência privativa do Presidente da República, sujeita a referendo do Congresso Nacional (art. 84, VIII) ao qual incumbe resolver definitivamente sobre quaisquer acordos e atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (art. 49, I). Sobre o tema, embora referente ao regime constitucional anterior v. José Francisco Rezek, *Direito dos Tratados*, 1984, p. 185 e ss. Já sob a Constituição atual, v. Celso D. de Albuquerque Mello, *Direito Internacional Público*, cit., p. 156 e ss.

<sup>33</sup> V. Celso D. de Albuquerque Mello, *Direito Constitucional Internacional*, cit., p. 321.

<sup>34</sup> Convenção, art. 46: "Um Estado não poderá invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação seja manifesta e diga respeito a uma regra de seu direito interno de importância fundamental".

Hildebrando Accioly é taxativo ao afirmar que a lei constitucional não pode isentar o Estado de responsabilidade por violação de seus deveres internacionais. Invoca, em favor de seu ponto de vista, decisão da Corte Permanente de Arbitragem, de Haia, onde se deliberou que "as disposições constitucionais de um Estado não poderiam ser opostas aos direitos internacionais de estrangeiros"<sup>35</sup>. E cita, também, julgado da Corte Permanente de Justiça Internacional, de 4 de fevereiro de 1932, onde se declarou:

*"Um Estado não pode invocar contra outro Estado sua própria constituição para se esquivar a obrigações que lhe incumbem em virtude do direito internacional ou de tratados vigentes"*.<sup>36</sup>

Haroldo Valladão, nesta mesma linha de entendimento, sustenta que a disposição interna, mesmo de natureza constitucional, não poderá ser observada se contraria preceito em vigor de direito internacional básico, geral ou de direito internacional convencional, isto é, de tratado válido e vigente<sup>37</sup>. Acompanha-o, neste passo, Agostinho Fernandes da Silva, para quem o tratado deve ser observado até extinguir-se ou ser denunciado. Enfatiza que a forma própria de revogação de um tratado por vontade de uma das partes é a denúncia, e não a previsão constitucional em contrário.<sup>38</sup>

Os dois autores, todavia, fazem uma distinção clara e relevante, de natureza temporal: as proposições enunciadas acima somente se aplicam quando o tratado já se encontre em vigor no momento de promulgação da Constituição. Na hipótese inversa, em que o tratado é celebrado na vigência de uma dada Carta, sendo com ela incompatível, aí não prevalecerá, por não haver se constituído legitimamente. Em palavras de Valladão:

*"Assim, prevalecem as regras dos tratados anteriores ao texto constitucional; só não prevalece a norma internacional que vier a ser aprovada e ratificada após vigência do texto constitucional que a ela se opõe, pois nesse caso decorreria dum ato internacional inválido, não vigorante, pois não podia ter sido aprovado nem ratificado. É distinção necessária para os atos convencionais internacionais"*.<sup>39</sup>

Em sentido diverso, e com melhor razão, parte substancial da doutrina brasileira. Aurelino Leal, já em 1925, averbava:

<sup>35</sup> Hildebrando Accioly, ob. cit., p. 56.

<sup>36</sup> Idem.

<sup>37</sup> Haroldo Valladão, ob. cit., p. 94.

<sup>38</sup> Agostinho Fernandes Dias da Silva, ob. cit., p. 33.

<sup>39</sup> Haroldo Valladão, ob. cit., p. 94.

"A mim me parece que se os assuntos regulados nos tratados forem compatíveis com as alterações introduzidas no regime constitucional, nada há que se oponha a que as mesmas continuem em vigor. Se, porém, as modificações feitas na lei suprema colidirem com a matéria regulada nos acordos internacionais, não se me afigura que os mesmos prevaleçam contra a nova orientação constitucional, a menos que o poder constituinte consigne na reforma uma disposição garantindo a sua vigência".<sup>40</sup>

Na mesma linha é o magistério de *Carlos Maximiliano*:

"A Constituição é a lei suprema do país; contra a sua letra, ou espírito, não prevalecem resoluções dos poderes federais, constituições, decretos ou sentenças federais, nem tratados, ou quaisquer outros atos diplomáticos".<sup>41</sup>

Também internacionalistas da melhor linhagem endossam a idéia de prevalência da Constituição, quando não por opção doutrinária, ao menos por constatação da realidade e do princípio da supremacia constitucional. Veja-se, em seqüência, a opinião de *Oscar Tenório* e *José Francisco Rezek*, respectivamente:

"A decretação da inconstitucionalidade dos tratados pelo Supremo Tribunal Federal não se limita aos elementos de validade, como a ratificação e a promulgação, mas se estende ao confronto entre a letra do tratado e a letra da Constituição. Uma nova Constituição cria uma nova ordem jurídica. Subsistem apenas as normas pretéritas não incompatíveis com ela. Assim, os tratados anteriores a ela perdem sua eficácia desde que contrários à Constituição".<sup>42</sup>

"A constituição nacional, vértice do ordenamento jurídico, é a sede de determinação da estatura da norma jurídica convencional. Dificilmente uma dessas leis fundamentais desprezaria, neste momento histórico, o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, a si mesmo, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado. Assim, posto o primado da Constituição

em confronto com a norma *pacta sunt servanda*, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique que a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder".<sup>43</sup>

No direito comparado europeu, à exceção de Portugal, que adota um regime híbrido,<sup>44</sup> e da Holanda, onde a aprovação do tratado por três quartos dos Estados Gerais modifica a Constituição, a regra é que tratados que conflitem com a Lei Fundamental não possam ser aprovados sem prévia revisão constitucional. É o que dispõem, expressamente, v.g. as Constituições da França (art. 54), da Espanha (art. 95, I) e da Alemanha (art. 79, I).<sup>45</sup>

A este propósito, aliás, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) apreciou, recentemente, recurso constitucional contra a participação da Alemanha na União Européia, apresentado por um grupo de políticos e professores, incluindo um ex-dirigente da Comunidade Econômica Européia, e por membros do Partido Verde alemão que integram o Parlamento Europeu.<sup>46</sup>

Os requerentes alegaram, dentre outras coisas, que o Ato de Adesão ao Tratado e o Ato que emendara a Constituição violavam seus direitos políticos de representação, seus direitos individuais (pela transferência de atribuições para sua proteção à União Européia), bem como ofendiam o princípio democrático, a soberania nacional e o direito de serem pagos em *Deutsche Mark* (e não em uma futura moeda comum), além de deverem ser submetidos a referendo popular.

Em decisão longamente fundamentada, datada de 12.10.93, a Corte rejeitou a impugnação e permitiu a entrada em vigor do Tratado da União Européia (também conhecido como *Tratado de Maastricht*), em novembro de 1993. Não obstante isto, o Tribunal Constitucional Federal cuidou de qualificar diversas questões e assentou relevantes premissas a propósito de sua interpretação das relações entre o direito constitucional e o direito comunitário. Os diferentes aspectos da decisão podem ser sintetizados nas proposições seguintes:

43 José Francisco Rezek, *Direito Internacional Público*, cit., p. 103-04.

44 Dispõe o art. 277, 2 da Constituição Portuguesa: "A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental".

45 Com relação especificamente ao direito comunitário, v. nota 18.

46 *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 47 (1993), p. 3.047 e ss. A íntegra do acórdão, vertido para o inglês, está publicada no *International Legal Materials*, vol. XXXIII (1994), p. 388 e ss.

40 Aurelino Leal, *Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira*, 1925, p. 628.

41 Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 1981, p. 314.

42 Oscar Tenório, ob. cit., p. 94.

1. o Direito alemão proíbe a diminuição do poder do Estado através da transferência de deveres e responsabilidades do Parlamento Federal, na extensão em que isto importar em violação do princípio democrático;

2. o princípio democrático não impede que a República Federal da Alemanha torne-se membro de uma comunidade intergovernamental organizada em base supranacional;

3. se uma comunidade de Estados assume poderes e responsabilidades de soberania, os povos dos Estados-membros precisam legitimar este processo através dos seus parlamentos nacionais;

4. o princípio democrático impõe limites à extensão de funções e poderes a serem transferidos para a comunidade europeia. O Parlamento Federal deverá reter funções e poderes de importância substancial;

5. o programa de integração e os direitos transferidos à comunidade europeia supranacional devem ser especificados com precisão. Cabe ao Tribunal Constitucional Federal determinar se os direitos de soberania exercidos pelas instituições e entidades dirigentes europeias estão dentro dos limites ou se extrapolam os que lhe foram conferidos;

6. a interpretação das regras de competência do Tratado de Maastricht não deverá importar em extensão do tratado. Se tal ocorrer, a Alemanha não ficará vinculada;

7. o Tribunal Constitucional Federal e a Corte Europeia de Justiça exercem jurisdição em uma "relação cooperativa";

8. o Tratado de Maastricht estabelece uma comunidade intergovernamental para criação de uma unidade mais estreita entre os povos da Europa. Cada um desses povos é organizado em um Estado próprio, inexistindo, pois, um Estado da Europa, com seu próprio povo;

9. a) o Tratado de Maastricht não confere à União Europeia autodeterminação na obtenção de recursos financeiros ou de qualquer outra natureza destinados a atender seus objetivos. É necessário o consentimento dos Estados.

b) a ratificação do tratado não sujeita a República Federativa da Alemanha a um processo incontrolável e imprevisível que conduza inexoravelmente à unificação monetária. O Tratado de Maastricht simplesmente prepara o caminho para a integração gradual da Comunidade Europeia em uma comunidade de leis. Qualquer passo adiante depende do consentimento do Governo Federal, sujeito à deliberação do Parlamento.<sup>47</sup>

<sup>47</sup> *International Legal Materials*, cit., p. 393-397. Resumo e tradução para o português de responsabilidade do autor.

Nos Estados Unidos, muito embora seja indiscutível a superioridade da Constituição sobre os atos internacionais,<sup>48</sup> a Suprema Corte jamais declarou um tratado inconstitucional.<sup>49</sup> Tal fato pode ser creditado, em parte, a uma associação exagerada, quando não equivocada, que os tribunais fazem entre questões internacionais e "questões políticas", o que excluiria aquelas do controle judicial.<sup>50</sup>

De modo que, a despeito do imenso prestígio e independência do Poder Judiciário nos Estados Unidos, há uma persistente tradição de os juizes e tribunais cederem o passo à avaliação dos Poderes Políticos, notadamente ao Presidente da República, sempre que a matéria envolva relações internacionais de qualquer natureza. Há toda uma linha de casos ratificando esta atitude de deferência ao Executivo.<sup>51</sup> Esta orientação, aliás, chegou ao extremo de cancelar, em mais de um caso, as decisões do Poder Executivo de seqüestrar, em Estado estrangeiro, pessoas contra as quais se houvesse instaurado processo criminal nos Estados Unidos, para sujeitá-las a julgamento naquele País. A questão, por sua gravidade e relevância, merece breve digressão.

<sup>48</sup> *V. Restatement (third) of Foreign Relations Law of the United States* (1988), § 111 (p. 43): "In their character as law of the United States, rules of international law and provisions of international agreements of the United States are subject to the Bill of Rights and other prohibitions, restrictions, and requirements of the Constitution, and cannot be given effect in violation of them. However, failure of the United States to carry out an obligation on the ground of its unconstitutionality will not relieve the United States of responsibility under international law".

<sup>49</sup> Sobre o tema, v. Louis Henkin, *Foreign Affairs and the Constitution*, 1975. Para um painel amplo e atualizado das relações entre direito interno e direito internacional na perspectiva norte-americana, v. John H. Jackson, *Status of Treaties in Domestic Legal Systems: a Policy Analysis*, in *American Journal of International Law*, vol. 86 (1992), p. 310 e ss.

<sup>50</sup> E assim se passa a despeito da advertência do Justice Brennan, ao relatar e julgar *Baker v. Carr* (369 U.S. 186) (1962), um dos principais precedentes que delineou a "political question doctrine": "It is error to suppose that every case or controversy which touches foreign relations lies beyond judicial cognizance" (É equívoco supor que qualquer litígio que tangencie as relações internacionais situa-se fora do conhecimento judicial).

<sup>51</sup> Vejam-se, por exemplo, *United States v. Curtiss — Wright Corp* (299 U.S. 304) (1936), *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* (376 U.S. 398) (1964), *First National Citibank v. Banco Nacional de Cuba* (406 U.S. 759) (1972), *Alfred Dunhill of London, Inc. v. Republic of Cuba* (425 U.S. 682) (1976), *Goldwater v. Carter* (444 U.S. 996) (1979), *Dames & Moore v. Reagan* (453 U.S. 654) (1981). Veja-se, também, o interessantíssimo caso *United States v. Palestine Liberation Organization* (U.S. District Court, Southern District of New York, 1988). O caso mais recente julgado pela Suprema Corte foi *Barquero v. United States (International Legal Materials 33/904)* (1994), onde se afirmou a constitucionalidade do tratado celebrado entre Estados Unidos e México sobre troca de informações tributárias. O tratado permite que, mediante requerimento do outro País, a autoridade governamental requirite a qualquer banco comercial informações sobre determinado correntista.

Em *United States v. Verdugo Urquidez*, a Suprema Corte, reformando decisão do Tribunal Federal do 9º Circuito, decidiu que a Constituição americana, ou ao menos a 4ª Emenda (que assegura a inviolabilidade das pessoas, suas casas, documentos e bens contra buscas e apreensões ilegais) não se aplicava fora dos Estados Unidos. Como consequência, não poderia ser invocada por cidadão mexicano levado à força para julgamento nos Estados Unidos (com a concordância do Governo mexicano), cuja casa, no México, havia sido objeto de busca ilegal por agentes norte-americanos.<sup>52</sup>

Pouco mais adiante, em decisão que estremeceu a comunidade jurídica internacional, a Suprema Corte, por maioria, e reformando decisão de duas instâncias inferiores, admitiu ser possível submeter a julgamento nos Estados Unidos cidadão mexicano que fora seqüestrado no México, sem anuência do Governo daquele País, que formulou protesto diplomático veemente. Servindo-se de um argumento primário — o de que o tratado de extradição entre Estados Unidos e México não proibia expressamente o seqüestro — a Suprema Corte afastou a incidência do tratado (que teria força de lei, como já vimos) e aplicou uma antiquíssima jurisprudência pela qual admitia que, uma vez apresentado à Justiça, um acusado pudesse ser submetido a julgamento, independentemente de haver sido conduzido por meio lícito ou ilícito. Em desfecho, a Corte admitiu que o seqüestro violava princípios de direito internacional, mas entendeu que a decisão sobre a restituição ou não do acusado ao seu País, de onde fora retirado à força, era uma questão da competência discricionária do Executivo. Já que ele estava nos Estados Unidos, cabia à Justiça julgá-lo.<sup>53</sup>

Retomando a linha de raciocínio, e passando ao caso brasileiro, vai-se constatar que, entre nós, desde a primeira Constituição republicana<sup>54</sup> se admite a verificação da constitucionalidade intrínseca de um tratado. Em acórdão de 14 de junho de 1974, o STF declarou a inconstitucionalidade, em parte, de alguns artigos da Convenção da OIT nº 110, referente às condições de trabalhadores em fazenda.<sup>55</sup> A Constituição de 1967-69 ensejava tal tipo de pronun-

52 110 S. Ct. 1.056 (1990). Sobre este caso especificamente, v. Andreas F. Lowenfeld, U.S. Law Enforcement Abroad: The Constitution and International Law, Continued, in AJIL 84/444 (1990), especialmente p. 491-93.

53 *United States v. Alvarez Machain*, 31 LL.M. 900 (1992). Na conclusão de seu veemente voto dissidente, consignou Justice Stevens: "Eu suspeito que a maior parte dos tribunais do mundo civilizado ficará perplexa pela decisão 'monstruosa' que esta Corte anuncia hoje. Toda nação que tem interesse em preservar o estado de direito (*the Rule of the Law*) é afetada, direta ou indiretamente, por uma decisão deste caráter". Para uma crítica igualmente contundente de tal acórdão, v. Michael J. Glennon, *State Sponsored Abduction: A Comment on United States v. Alvarez-Machain*, in AJIL 86/756 (1992).

54 Constituição Federal de 24.02.1891, art. 59, § 1º, a.

55 V. Celso D. de Albuquerque Mello, *Direito Constitucional Internacional*, cit., p. 324.

ciamento, em regra que foi reproduzida na Carta atual. De fato, no art. 102, III, a da Constituição de 1988, prevê-se o cabimento de recurso extraordinário quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal<sup>56</sup>.

É bem de ver que a dicção pura e simples da cláusula constitucional, tal como vem sendo reproduzida nos diferentes Diplomas, não infirma, *prima facie*, a tese defendida por Haroldo Valladão e acima exposta. É que, em verdade, ao prever declaração de inconstitucionalidade de tratado, o texto constitucional só pode estar se referindo àquele que seja posterior à Constituição. Isto porque, consoante regra consolidada do direito constitucional intertemporal brasileiro, não se declara a inconstitucionalidade de preceito anterior à Constituição. Portanto, a letra expressa da Lei maior não dirime a dúvida sobre a possibilidade do tratado anterior prevalecer, mesmo que contraste com a nova norma constitucional.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, no apagar das luzes do regime constitucional anterior, afastou, de forma taxativa, quaisquer incertezas que pudessem existir. A questão se impôs relativamente à cobrança do imposto sobre circulação de mercadorias (ICM) na importação de bens de capital de Países membros do GATT. À vista do entendimento consolidado, a Corte editou o verbete nº 575 da Súmula, com o seguinte teor: "À mercadoria importada de país signatário do GATT ou membro da ALALC, estende-se a isenção do Imposto de Circulação de Mercadorias concedida a similar nacional".

Sobreveio, todavia, a Emenda Constitucional nº 23, de 1º/12/83, que acrescentou um § 11 ao art. 23 do Texto, determinando a incidência do tributo sobre as mercadorias importadas, sem qualquer distinção quanto ao país de origem.<sup>57</sup> O Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu decisão mantendo a isenção, nos casos de importação de bem de capital de países signatários do GATT. A Fazenda do Estado de São Paulo interpôs recurso extraordinário, sob o fundamento de que o Tribunal *a quo* prestigiara o acordo internacional em detrimento do texto constitucional emendado.

Ao apreciar o caso, o STF firmou posição estreme de dúvida ao decidir:

56 "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal ... III. Julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: ... b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal".

57 Ficou assim a redação do texto constitucional: "Art. 23. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: ... § 11. O imposto a que se refere o item II (ICM) incidirá, também, sobre a entrada, em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior por seu titular, inclusive quando se tratar de bens destinados a consumo ou ativo fixo do estabelecimento".

"Inadmissível a prevalência de tratados e convenções internacionais contra o texto expresso da Lei Magna (...)"

Os acordos internacionais, como é o caso do GATT (General Agreement on Tariffs and Trade), protegem os produtos originários dos países contratantes. Todavia, não há como admitir, como deixou entender a decisão recorrida, que na nova tributação autorizada pela Emenda Constitucional nº 23, deva ser atendido o que prescreve um tratado internacional (...)

Hierarquicamente, tratado e lei situam-se abaixo da Constituição Federal. Consagrar-se que um tratado deve ser respeitado, mesmo que colida com o texto constitucional, é imprimir-lhe situação superior à própria Carta Política".<sup>58</sup>

Em decisões posteriores, o STF atenuou o resultado prático de tal decisão, passando a entender inexistir incompatibilidade entre o acordo do GATT e o texto constitucional resultante da EC nº 23/83.<sup>59</sup> Assentou-se, no RE 114.784, que "a Emenda Constitucional não visou a retirar fundamento a essa avença internacional".<sup>60</sup> Mas o princípio da supremacia da Constituição sobre os atos internacionais convencionais restou intangido.

Em síntese apertada de tudo que se vem de expor, é possível assentar que, no conflito de fontes interna e internacional, o estágio atual do direito brasileiro, consoante a jurisprudência constitucional e a melhor doutrina, é no sentido de que:

A) os tratados internacionais são incorporados ao direito interno em nível de igualdade com a legislação ordinária. Inexistindo entre o tratado e a lei relação de hierarquia, sujeitam-se eles à regra geral de que a norma posterior prevalece sobre a anterior. A derrogação do tratado pela lei não exclui eventual responsabilidade internacional do Estado, se este não se valer do meio institucional próprio de extinção de um tratado que é a denúncia;

B) o tratado celebrado na vigência de uma Constituição e que seja com ela incompatível, do ponto de vista formal (extrínseco) ou material (intrínseco), é inválido e sujeita-se à declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*.<sup>61</sup>

<sup>58</sup> RTJ 121/270 (1987), RE nº 109.173-SP, Rel. Min. Carlos Madeira.

<sup>59</sup> RTJ 124/358 (1987).

<sup>60</sup> RTJ 126/804, 806 (1987). Não se está, no particular, de acordo com a leitura que faz deste acórdão o Professor Jacob Dolinger, ao extrair dele o sentido de que os tratados contratuais, como o do GATT, em contraposição aos tratados normativos, não são afetados por normas de direito interno, inclusive constitucionais (ob. cit., p. 101).

<sup>61</sup> Embora não haja precedente, é possível cogitar-se do cabimento de ação direta de inconstitucionalidade contra o decreto que o promulga, haja vista seu *status* equiparado ao de ato normativo federal.

por qualquer órgão judicial competente, sendo tal decisão passível de revisão pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário. O tratado que se encontrar em vigor quando do advento de um novo texto constitucional, seja este fruto do poder constituinte originário ou derivado, será tido como ineficaz,<sup>62</sup> se for com ele incompatível.

## 2. A norma estrangeira e a Constituição

Como já assinalado anteriormente, o direito internacional privado tem por objeto principal a indicação da lei aplicável, sempre que uma dada relação jurídica esteja em contato com mais de um ordenamento. Por vezes, a norma indicada será a do próprio Estado do juiz ou Tribunal que esteja apreciando a questão. Neste caso, diz-se que a lei aplicável é a lei do foro, a *lex fori*.<sup>63</sup>

Outras vezes, todavia, a regra de conexão do direito internacional privado apontará para a aplicação de uma lei estrangeira. Vale dizer: conforme seja a questão submetida a juízo, os sistemas jurídicos civilizados admitem a aplicação, no território do Estado, de lei estrangeira para a solução de uma controversia.<sup>64</sup> Por evidente, inexistente qualquer violação da soberania do Estado em tal hipótese, de vez que a aplicação do direito estrangeiro é consentida, voluntariamente, pela norma interna.

A aplicação do direito estrangeiro pelos tribunais é capítulo obrigatório de todos os livros de direito internacional privado.<sup>65</sup> Não cabe, aqui, aprofundar esta questão em nível teórico. Faz-se, todavia, a seguir, uma breve síntese do conhecimento convencional e cristalizado sobre o tema, cujas implicações práticas são mais relevantes do que aparentam a um primeiro lance de vista.

<sup>62</sup> Não parece própria a referência a revogação, porque, a rigor técnico, o tratado não deixa de vigor até o momento da denúncia.

<sup>63</sup> Atente-se, aqui, para a distinção óbvia que existe entre *lei aplicável* e *tribunal competente* para aplicá-la. Não obstante, o mais comum é que a regra de direito internacional privado indique a *lex fori*.

<sup>64</sup> Dois exemplos corriqueiros de aplicação da lei estrangeira por Tribunal brasileiro: a) de acordo com o art. 9º da LICC, as obrigações se regem pela lei do país em que se constituírem. Portanto, se duas empresas litigarem no Brasil acerca de um contrato firmado em Londres, aplica-se à questão a lei inglesa. (Aliás, em matéria contratual, onde vigora a autonomia da vontade, as partes podem simplesmente eleger a lei a ser aplicada, independentemente do local de celebração do ajuste); b) um indivíduo domiciliado na Itália morre deixando bens no Brasil. Aberto o inventário perante o foro brasileiro, o juiz aplicará a lei italiana para disciplinar a ordem de vocação hereditária, porque o art. 10 da LICC estabelece que a sucessão por morte se rege pela lei do domicílio.

<sup>65</sup> A propósito, vejam-se, por todos: Haroldo Valladão, ob. cit., p. 450 e ss., Oscar Tenório, ob. cit., p. 145 e ss., e Jacob Dolinger, ob. cit., p. 223 e ss.

A primeira indagação de relevo que surgiu acerca da aplicação do direito estrangeiro foi a de saber se ele deveria ser encarado como um fato ou como direito. Os efeitos de tal distinção são evidentes: fatos dependem de alegação pela parte e de prova; o direito, ao contrário, presume-se de conhecimento do juiz (*iura novit curia*) e pode ser aplicado de ofício, independentemente de alegação ou prova. Diversos Estados tratam o direito estrangeiro como fato.<sup>66</sup> Não assim, porém, o ordenamento brasileiro, onde o direito estrangeiro tem status de lei, embora o juiz possa transferir para a parte o ônus de provar-lhe o teor e a vigência.<sup>67</sup>

A segunda questão que mobilizou os estudiosos foi a da interpretação e aplicação do direito estrangeiro. É que diante da lei de outro País, ao juiz se impõe determinar: a) se deve equipará-la a qualquer outra norma interna, integrando-a ao sistema jurídico do foro; b) ou se deve tratá-la com o sentido que lhe é dado pelo sistema jurídico estrangeiro.

Normalmente, a segunda proposição é a que prevalece. Por vezes, no entanto, o direito estrangeiro há de curvar-se aos princípios e valores do foro. Logo à frente se voltará ao ponto.

#### a) A norma estrangeira e a Constituição de origem

A maior parte da doutrina e mesmo alguns precedentes internacionais convergem no sentido de que, ao aplicar o direito estrangeiro, o magistrado deverá fazê-lo em sua integralidade, acolhendo-lhe os preceitos e as remissões. Nesta ordem de idéias, caber-lhe-á levar em conta a legislação estrangeira em seus diferentes níveis, o que inclui a Constituição.

É neste sentido a jurisprudência da Corte Permanente de Justiça. Em decisões proferidas em 1929, a propósito de casos conhecidos como *Serbiam Loans* e *Brazilian Loans*, a Corte firmou os princípios que a orientam. Estabeleceu, assim, que, uma vez determinada a aplicação da lei de um dado Estado, deve ela ser aplicada como o seria naquele Estado. Aplicar uma norma diferentemente de como procederiam os tribunais do País cuja lei foi indicada entraria em colisão com toda a teoria de adequada aplicação da lei estrangeira. A Corte, portanto, deve empenhar-se em fazer uma justa apreciação da jurisprudência dos tribunais locais.<sup>68</sup>

<sup>66</sup> Tal é o caso da França e do Reino Unido. Na Itália há decisões em ambos os sentidos. V. Jacob Dolinger, ob. cit., p. 224-26.

<sup>67</sup> V. CPC, art. 337: "A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim determinar o juiz".

<sup>68</sup> P.C.I.J., Ser. A, nºs 20/21, p. 5, 40-47, p. 93, 120-125 (1929), apud Henkin, Pugh, Schachter e Smit, *International Law*, 1987, p. 139: "Once the Court has arrived at the conclusion that it

No mesmo sentido dispõe o art. 2<sup>o</sup> da Convenção aprovada pela Conferência Internacional Especializada sobre Direito Internacional Privado (Montevideo, 1979), que determina que o direito estrangeiro será aplicado da mesma forma que o seria pelos juízes do País do qual emana a regra aplicada.<sup>69</sup> Bem assim, igualmente, o art. 409 do Código de Bustamante, que é norma positiva no Brasil, e que determina que na aplicação do direito estrangeiro deve-se atentar para o sentido que se lhe dá no País de sua origem.<sup>70</sup> Ou seja: deve-se respeitar a interpretação doutrinária e jurisprudencial que lá se produz.

Embora em diferente cenário, a questão se põe com grande significação nos Estados Unidos. É que lá a parte mais expressiva do direito substantivo é estadual, pelo que as regras de direito de família, sucessões, contratos, comerciais, penais, etc. variam de Estado para Estado. Como consequência, a disciplina dos *conflicts of laws*, que corresponde ao direito internacional privado dos países de tradição romano-germânica, concentra-se na indicação da lei aplicável às relações que mantêm conexões com os ordenamentos jurídicos de mais de um Estado da Federação.

Além disto, de acordo com as regras próprias sobre jurisdição e competência lá vigentes,<sup>71</sup> cabe muitas vezes à Justiça Federal solucionar litígios que envolvem a aplicação de direito estadual. Pois bem: a Suprema Corte firmou, de longa data, orientação no sentido de que, ao aplicar lei estadual, deve o juiz ou tribunal federal dar-lhe o sentido que lhe confere o mais alto tribunal do Estado cuja lei está sendo aplicada.<sup>72</sup>

Ficou assinalado, linhas atrás, que ao aplicar o direito estrangeiro o intérprete deve fazê-lo integralmente, observando, inclusive, as regras próprias de hierarquia das leis e de direito intertemporal vigentes no País de origem. Dentro

*is necessary to apply the municipal law of a particular country, there seems to be no doubt that it must seek to apply it as it would be applied in that country. (...) Of course, the Court will endeavour to make a just appreciation of the jurisprudence of municipal courts".*

<sup>69</sup> V. a íntegra da Convenção em Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, *Vade-Mécum de Direito Internacional Privado*, 1994, 627-30. O art. 2<sup>o</sup> dispõe: "Os juízes e as autoridades dos Estados Partes ficarão obrigados a aplicar o direito estrangeiro tal como o fariam os juízes do Estado cujo direito seja aplicável, sem prejuízo de que as partes possam alegar e provar a existência e o conteúdo da lei estrangeira invocada".

<sup>70</sup> *Idem*, p. 568.

<sup>71</sup> Nos termos do art. 3<sup>o</sup> da Constituição, as duas grandes categorias de casos que recaem na competência das cortes federais são: a) os que envolvem a aplicação da Constituição, das leis federais e dos tratados internacionais (*federal question jurisdiction*) e b) os que têm como partes cidadãos de Estados diferentes da federação (*diversity jurisdiction*). Nesta segunda hipótese, as cortes federais se vêem rotineiramente na contingência de aplicar direito estadual. V. Charles Alan Wright, *Law of Federal Courts*, 1983, capítulos 3 e 4, e Louisell, Hazard Jr. e Tait, *Pleading and Procedure*, 1983, p. 16-17.

<sup>72</sup> V. *Eric R. Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938).

desta lógica, deverá prestigiar, em primeiro lugar, as normas constitucionais, cuja supremacia é princípio generalizadamente aceito. E se constatar que uma dada norma inferior é incompatível com a Constituição, deverá cogitar de pronunciar-lhe a inconstitucionalidade, nos limites e com os efeitos que o juiz estrangeiro poderia fazê-lo.

Se no direito estrangeiro, por exemplo, considerar-se que a norma anterior à Constituição e com ela incompatível fica revogada, igual tratamento à questão deverá dar-lhe o juiz brasileiro que eventualmente devesse aplicá-la a um caso concreto. Mas se a lei editada já na vigência de uma dada Constituição for com ela incompatível, é de indagar-se: pode o juiz ou tribunal do foro declarar-lhe a inconstitucionalidade perante a Constituição estrangeira e, por via de consequência, deixar de aplicá-la?

Haroldo Valladão responde afirmativamente, sem opor qualquer restrição.<sup>73</sup> A questão, todavia, exige uma certa qualificação. É que, como já ficou assentado, o juiz que aplica direito estrangeiro há de interpretá-lo de acordo com as práticas do País de origem, atentando para a legislação, doutrina e jurisprudência. Ora bem: nem todos os Estados admitem o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário. Na França e na Suíça, para citar dois exemplos, esta possibilidade não existe.<sup>74</sup> Ao contrário, nos Estados Unidos e na Alemanha, tal exame é corriqueiro.

Assim, então, o controle da constitucionalidade de lei estrangeira em face da Constituição estrangeira há de ser exercido, pelo órgão jurisdicional do foro, nos mesmos moldes e limites em que o faria o juiz ou tribunal do ordenamento de origem. Quando se tratar da aplicação de lei estrangeira de País onde não seja legítimo ao Poder Judiciário pronunciar, *in concreto ou in abstracto*, a inconstitucionalidade de uma lei, não poderá o juiz ou tribunal do foro fazê-lo.<sup>75</sup>

73 Ob. cit., p. 460-461.

74 Note-se, todavia, que na França o Comitê Consultivo para a revisão constitucional, constituído pelo Presidente da República por Decreto de 2.12.92, e presidido pelo Professor Georges Vedel, propôs a instituição do controle repressivo de constitucionalidade em tema de direitos fundamentais. Pela proposta, a alínea 12 do art. 62 passaria a ter a seguinte redação: "*Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée. Elle ne peut être appliquée aux procédures en cours.*" Veja-se *Propositions pour une révision de la Constitution*, 1993. Na Suíça, inexistente o controle de constitucionalidade das leis federais, mas faz-se o controle das normas cantonais. Sobre o tema, vejam-se Philippe Maystadt, *Le contrôle de constitutionnalité en Suisse*, in *Actualité du Contrôle Juridictionnel des Lois*, 1973, p. 161 e ss., e Pedro Cruz Villalón, *La Formación del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad*, 1987, p. 53 e ss.

75 No mesmo sentido, v. João Batista Machado, ob. cit., p. 244. Em sentido diverso, v. Luiz Antonio Severo da Costa, *Da Aplicação do Direito Estrangeiro pelo Juiz Nacional*, 1968, p. 40: "Se tem dúvidas sobre a constitucionalidade do diploma legal, mas se aquela Corte (N.A.: refere-se ele à Suprema Corte do País estrangeiro) ainda não se manifestou a respeito, deve considerar válida tal lei, pois não pode chamar a si atribuição específica daquele órgão".

Desnecessário remarcar a evidência de que o órgão judicial brasileiro, ao pronunciar a inconstitucionalidade de uma lei, o fará sempre em caráter incidental, para o fim exclusivo de negar-lhe aplicação ao caso concreto. Jamais se cuidará de uma decisão em tese, mesmo que isto seja possível à luz do ordenamento de origem, porque não se pode reconhecer tal competência a qualquer tribunal que não seja o do País do qual promana a lei. No Brasil, tudo que se pode pretender é negar *eficácia* à norma estrangeira, sem que isto afete sua *validade* e sua *vigência*.

A questão do reconhecimento da inconstitucionalidade de norma estrangeira perante o ordenamento de origem já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Na vigência da Carta de 1988, pelo menos dois acórdãos abordaram o tema, embora sem maior aprofundamento.

O primeiro deles diz respeito ao controvertido caso de extradição requerida pela República Argentina do ex-líder dos *Montoneros* Mario Eduardo Firmenich.<sup>76</sup> O Governo requerente imputava ao extraditando um longo elenco de práticas delituosas, em relação às quais havia decretos de custódia cautelar expedidos pela Justiça Argentina, e que incluíam: associação ilícita, diversos homicídios, atentado com lesões corporais, posse de explosivos e armas e uso de documento público falsificado.

Toda a discussão gravitou em torno de duas questões básicas: a) a interpretação, vigência e validade da Lei de Anistia editada pelo Congresso argentino, e posteriormente revogada pelo próprio Legislativo, com efeitos retroativos, sob o fundamento de que era inconstitucional;<sup>77</sup> b) a natureza dos delitos imputados ao extraditando — comum ou política — tendo em vista o disposto no inc. LII do art. 5º da Constituição brasileira, que veda a extradição por crime político ou de opinião.

Em meio a outros argumentos, a defesa do extraditando, além de procurar remarcar o caráter político das infrações, fundou-se:

- a) na inconstitucionalidade da lei que revogou retroativamente a anistia;
- b) na inconstitucionalidade do art. 2º da própria Lei da Anistia, que, discriminatoriamente, excluía do benefício pessoas na situação do extraditando.

As duas inconstitucionalidades argüidas eram em face da Constituição argentina.

76 RTJ 111/16 (1984), Extradição nº 417, Rel. Ministro Oscar Dias Corrêa.

77 Era importante ter em linha de conta, na apreciação do tema, que, por força do tratado de extradição entre Brasil e Argentina, não seria concedida a extradição quando, pelo mesmo fato, o *delinqüente* tivesse sido anistiado no Estado requerente ou requerido (art. III).

O Tribunal Pleno do STF, em votação dividida, concedeu a extradição, com ressalvas,<sup>78</sup> concluindo que: a) a Lei de Anistia do País requerente era inaplicável à hipótese, não atingindo o extraditando, consoante previsão expressa no seu próprio texto; b) havia prevalência dos crimes comuns sobre os políticos; c) era improcedente a alegação de que o extraditando seria julgado em seu País por tribunal de exceção.

Os três votos vencidos, contrários à extradição, foram da lavra do próprio Relator, Min. Alfredo Buzaid, e dos Ministros José Francisco Rezek e Aldir Passarinho. Os dois primeiros enfrentaram diretamente a questão da inconstitucionalidade da lei que cassara a anistia.

Em seu voto, o Ministro Buzaid rechaçou o argumento do Estado requerente de que a Corte não teria competência para apreciar a validade da lei argentina, e concluiu:

*"A declaração de inconstitucionalidade é atribuição privativa do Poder Judiciário no Brasil ou das Cortes Constitucionais nos países que as adotaram (...). Não a pode exercer o Legislativo, porque a sua função consiste em elaborar ou revogar leis, não em apreciar a sua validade.*

*(...) A conclusão a que se chega é que o legislador não tem competência constitucional para declarar a inconstitucionalidade de uma lei".<sup>79</sup>*

Acompanhou-o, no particular, o Ministro Rezek, pronunciando igualmente a invalidade da lei argentina, nos termos seguintes:

*"Os tribunais derrubam, ex tunc, leis que padecem do vício de inconstitucionalidade. O parlamento, em toda parte, tem o poder de revogar normas com efeito ex nunc; jamais o de declará-las nulas, com efeito retroativo, sob o argumento de inconstitucionalidade".<sup>80</sup>*

O Ministro Aldir Passarinho negou a extradição por considerar os crimes de natureza política. É bem de ver que ele e todos os demais Ministros — Oscar Corrêa, Néri da Silveira, Rafael Mayer, Decio Miranda, Soares Muñoz, Moreira

<sup>78</sup> Foram excluídas as imputações de caráter político puramente (liderança de movimento político, porte de armas e explosivos e uso de documentos falsos), bem como ressaltou-se que não poderiam ser impostas ao extraditando penas superiores a trinta anos de prisão em relação a cada crime.

<sup>79</sup> RTJ 111/16 (1985), 28.

<sup>80</sup> Idem, 30-31.

Alves e Djaci Falcão — deixaram de discutir, especificamente, a questão da validade ou não da lei que anulara a anistia. Curiosamente, todos, sem exceção, fundamentaram seus votos no art. 2º da sobredita Lei de Anistia, que excluía o extraditando de seus benefícios. Veja-se que nenhum dos Ministros deixou de aplicar a lei por reputá-la revogada ou anulada pela lei superveniente. Justamente ao contrário, interpretaram-na para concluir que não aproveitava ao extraditando. Disto resulta que, embora não de forma expressa — mas com implícita evidência — negaram validade e eficácia à lei posterior que cassava retroativamente a anistia.

Por lapso do Relator originário, que a ele não fez menção, nenhum dos Ministros apreciou um outro fundamento da defesa: o da inconstitucionalidade do próprio art. 2º da Lei de Anistia, que ao prevê-la parcial e excludente, violava preceito expresso da Carta argentina. Tal omissão ensejou a interposição, pelo extraditando, de embargos de declaração, apreciados, igualmente, pelo Tribunal Pleno.<sup>81</sup>

Sem atentar para a imensa contradição em que incorriam, diversos Ministros, ao julgar os embargos, negaram a possibilidade de apreciação da constitucionalidade ou não de lei argentina perante sua própria Constituição. Confiaram-se tais pronunciamentos.

*Ministro Oscar Corrêa:* "Não lhe cabia (ao STF), substituindo-se ao juízo do País requerente, examinar a inconstitucionalidade da Lei revocatória, que, aliás, não interferiu no julgamento, saliente-se. Seria indébita e inadmissível invasão de esfera de competência".<sup>82</sup>

*Ministro Néri da Silveira:* "Penso que não cabe ao STF enfrentar a alegação de inconstitucionalidade da lei argentina. Certo está que o Poder Judiciário argentino não declarou inconstitucional o art. 2º da discutida Lei de Anistia".<sup>83</sup>

*Ministro Rafael Mayer:* "Entendo ... que é impossível ao Supremo Tribunal exercer um controle de constitucionalidade sobre uma lei argentina, pois é o exercício de jurisdição que não temos, mas tão-somente aquele País, pelo seu Supremo Tribunal, com relação às suas leis".<sup>84</sup>

*Ministro Djaci Falcão:* "O texto de lei estrangeira não é passível de exame interpretativo no plano constitucional, para que seja declarada a sua inconstitucionalidade. Entendimento em sentido contrário poderia conduzir-nos a uma divergência interpretativa com a própria Corte Suprema do País requerente da extradição".<sup>85</sup>

<sup>81</sup> RTJ 113/1 (1985).

<sup>82</sup> Idem, 4.

<sup>83</sup> Idem, p. 5-6.

<sup>84</sup> Idem, p. 6.

<sup>85</sup> Idem, p. 7-8.

*Ministro Cordeiro Guerra:* "Não há que considerar a interpretação do Direito Constitucional Argentino porque não temos jurisdição na Argentina, nem somos um Tribunal supranacional, para dizer como os outros devem julgar. (...) O que poderíamos examinar, em matéria constitucional, é se a Lei de Anistia, tal como foi concebida e vige na Argentina, violaria a ordem jurídica ou constitucional brasileira".<sup>86</sup>

*Ministro Moreira Alves:* "A meu ver, em processo de extradição, não cabe ao Supremo Tribunal Federal examinar a compatibilidade, ou não, da legislação do país requerente com a Constituição ali vigente".<sup>87</sup>

É de interesse observar que o voto do Ministro Moreira Alves sugere que, *a contrario sensu*, fora do processo de extradição, é possível examinar a constitucionalidade da lei estrangeira perante o ordenamento de origem.

Melhor intuindo a evidência, o Ministro *Soares Muñoz*, reformulando seu voto anterior que concedia a extradição, assim decidiu:

*"No que diz respeito à lei posterior, que havia revogado a anistia, entendi que era ela ineficaz, visto que, uma vez concedida a anistia, não era mais possível revogá-la. Ora, se assim entendi com relação à lei revocatória, não vejo razão para me omitir no que diz respeito à argüida inconstitucionalidade da lei, enquanto restringe aquilo que a Constituição Federal estabelece de maneira imperativa, que deve ser geral. A Constituição Argentina determina que a anistia deve ser geral, isto é, não pode ser concedida anistia restrita. Se a lei desrespeitou a Lei Maior, é ineficaz. Não estou declarando a inconstitucionalidade da lei. Estou apenas afastando-a do caso concreto. Não preciso fazer nenhuma comunicação à Corte Argentina, como não faz o juiz singular, quando afasta uma lei inconstitucional. A lei continua em vigor; ela é apenas arredada no caso concreto. Eu a afasto.*

*Afasto-a, como já afastei a lei revocatória".*<sup>88</sup>

Do estudo do caso que se vem de empreender, chega-se a uma conclusão paradoxal. De fato, o STF estabeleceu, como premissa, que não lhe cabia apreciar a constitucionalidade de norma estrangeira em face do ordenamento de origem. Em seguida, e contraditoriamente, fugindo ao silogismo natural, julgou a questão deixando de aplicar, por inconstitucional, lei que revogara a Lei de Anistia argentina.

<sup>86</sup> Idem, p. 8.

<sup>87</sup> Idem, p. 7.

<sup>88</sup> Idem, p. 7. Em idêntico sentido foi o voto do Ministro José Francisco Rezek, p. 5.

Na verdade, a premissa é que era equivocada. O STF, bem como qualquer juiz ou tribunal, pode pronunciar, *in concreto*, a inconstitucionalidade de lei estrangeira em face da Constituição brasileira, desde que o possam fazer as autoridades judiciárias do Estado de origem da lei perante sua própria Constituição.

Alguns anos depois, já na vigência da Constituição de 1988, o STF examinou um pedido de extradição de um brasileiro naturalizado, fundado no permissivo constitucional do art. 5º, LI, que admite tal medida em caso de "comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes, na forma da lei".<sup>89</sup> O requerimento foi formulado pelo Governo da Itália, Estado com o qual o Brasil não mantém tratado de extradição. Para legitimar o pedido,<sup>90</sup> o Estado requerente apresentou promessa de reciprocidade.

Curiosamente, o relator para acórdão neste caso foi o Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence, que havia sido, exatamente, o advogado de defesa de Mario Firmenich na Extradição nº 417, acima apreciada. O relator observou que o art. 26 da Constituição da Itália impedia que o Estado requerente oferecesse reciprocidade naquela hipótese, por isso que só admite a extradição de nacionais se houver previsão expressa em convenção internacional.<sup>91</sup> O acórdão, quanto à parte aqui relevante, veio assim ementado:

*"Extradição de brasileiro e promessa de reciprocidade do Estado requerente: invalidade desta, à luz da Constituição italiana, que o STF pode declarar.*

*A validade e a conseqüente eficácia da promessa de reciprocidade ao Estado requerido, em que fundado o pedido de extradição, pressupõem que, invertidos os papéis, o ordenamento do Estado requerente lhe permita honrá-la: não é o caso da Itália, quando se cuida de extraditando brasileiro, pois o art. 26 da Constituição italiana só admite a extradição do nacional italiano quando expressamente prevista pelas convenções internacionais, o que não ocorre na espécie.*

*(...) Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, juiz da extradição passiva, no Brasil, julgar da invalidade, perante a*

<sup>89</sup> RDA 190/94 (1992), Extradição nº 541, Relator Min. Sepúlveda Pertence.

<sup>90</sup> Lei 6.815/80, art. 76: a extradição exige tratado ou promessa de reciprocidade.

<sup>91</sup> Constituição italiana, art. 26. "*L'extradizione del cittadino puo essere consentita soltanto ove sia espressamente prevista dalle convenzioni internazionali. Non puo in alcun caso essere ammessa per reati politici*" (A extradição do cidadão somente pode ser consentida quando seja expressamente prevista pelas convenções internacionais. Em hipótese alguma pode ser admitida por crimes políticos).

*ordem jurídica do Estado requerente, da promessa de reciprocidade em que baseado o pedido, a fim de negar-lhe a eficácia extradicional pretendida*".<sup>92</sup>

É interessante observar que a questão da inconstitucionalidade da promessa de reciprocidade, que constou de breve passagem do voto do relator e mereceu especial destaque na ementa do acórdão, não foi objeto de maior discussão ou aprofundamento. Aliás, o Ministro Carlos Mário Velloso, ao proferir seu voto, assinalou que, precisamente quanto à questão da reciprocidade, guardava "dúvidas a respeito".

De todo modo, a posição mais recente do STF é no sentido de que pode a Corte apreciar a constitucionalidade dos atos estrangeiros à luz do ordenamento de origem, negando-lhes aplicação quando seja o caso. Tal entendimento tem nossa adesão.<sup>93</sup>

#### b) A norma estrangeira e a Constituição brasileira

A norma que soluciona um conflito de leis no espaço indica a regra que vai reger uma relação que se encontrava sob a incidência potencial de mais de um ordenamento. Ao fazê-lo, apontará como aplicável (a) ora a lei do foro, (b) ora a lei estrangeira. Quando a indicação recaí sobre a lei do foro, não se apresentam maiores dificuldades, haja vista que ela integra o sistema e com ele se harmoniza. Quando a lei indicada é estrangeira, a regra é que o juiz acate a indicação e a aplique.

Não é difícil intuir, no entanto, que podem surgir dificuldades na aplicação, no foro, de lei emanada de outro sistema jurídico. Para neutralizar certos contrastes mais contundentes, praticamente todos os Estados estabelecem uma grande categoria de limitação à aplicação do direito estrangeiro. Esta restrição se consubstancia em um instituto amplo, fluido e de difícil apreensão conceitual que é a *ordem pública*.<sup>94</sup>

<sup>92</sup> RDA 190/94 (1992), cit.

<sup>93</sup> V. sobre o tema, José Carlos Barbosa Moreira, *Le Juge Brésilien et le Droit Étranger*, in *Temas de Direito Processual*, 4ª série, 1989, p. 299 e ss., especialmente 309.

<sup>94</sup> Sobre o tema, v. a tese clássica de Jacob Dolinger, *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*, bem como seu *Direito Internacional Privado*, cit., p. 323 e ss. Vejam-se, também: Clovis Beviláqua, *Direito Internacional Privado*, p. 77 e ss.; Haroldo Valladão, ob. cit., p. 472 e ss.; Oscar Tenório, ob. cit., p. 315 e ss.; Amílcar de Castro, ob. cit., p. 273 e ss.; Irineu Strenger, ob. cit., p. 510 e ss.; Agostinho Fernandes Dias da Silva, ob. cit., p. 131 e ss.; João Batista Machado, ob. cit., p. 253 e ss.

O princípio recebe abrigo expresso no art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil em vigor, com a dicção seguinte:

*"Art. 17. As leis, atos e sentenças, de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes."*

Sem embargo da tríplice referência do dispositivo, é certo que a soberania nacional e os bons costumes expressam variações da ordem pública. O conceito é antigo<sup>95</sup> e de trânsito universal.<sup>96</sup> Trata-se de uma cláusula geral, de conteúdo elástico e variável, que tem levado os autores a se referirem a ela como um conceito indeterminado *a priori*, e mesmo indefinível.<sup>97</sup> Sem embargo, é possível identificar a ordem pública como um princípio geral de preservação de valores jurídicos, morais e econômicos de determinada sociedade política.

Fundados em distinção formulada por Brocher,<sup>98</sup> os autores costumam fazer referência à ordem pública *interna* e à ordem pública *internacional*. No fundo, a ordem pública constitui princípio único, que irradia seus efeitos em planos diversos. Internamente, ele opera no sentido de limitar a autonomia de vontade das partes em domínios nos quais devem prevalecer, cogentemente, os comandos estatais.<sup>99</sup>

<sup>95</sup> Embora diversos autores atribuam a primazia do tratamento do tema a Savigny, que sobre ele escreveu em 1849 (ano da 1ª edição de sua obra), é certo que dele cuidou anteriormente Joseph Story (in *Comentários sobre el Conflito de las Leyes*, vol. 1, 1834, p. 32-33, *apud* Jacob Dolinger, *Direito Internacional Privado*, cit., p. 325): "*Nación alguna puede ser justamente requerida á ceder sus conveniencias politicas e instituciones fundamentales en favor de las de otra nación. Mucho menos puede nación alguna ser requerida a sacrificar sus intereses a favor de otra, ó á practicar doctrinas que, en un concepto moral ó político sean incompatibles con su seguridad ó felicidad, ó con su conciencia de la justicia y del deber*".

<sup>96</sup> O princípio é adotado nos diferentes sistemas jurídicos, quer de formação romano-germânica, quer de base costumeira (*common-law*). O *Restatement on Conflict of Laws Second*, na regra 90, dispõe: "Nenhuma ação será aceita com base em lei estrangeira cuja execução seja contrária à *strong public policy* do foro". A Corte de Cassação francesa, por sua vez, deixou acertado que "a definição de ordem pública nacional depende, em larga medida, da opinião que prevaleça em cada momento na França" (*apud* Jacob Dolinger, *Direito Internacional Privado*, cit., p. 327).

<sup>97</sup> João Batista Machado, ob. cit., p. 259.

<sup>98</sup> Charles Brocher, *Cours de Droit International Privé*, t. 1, 1882, nº 44, *apud* Haroldo Valladão, ob. cit., p. 323.

<sup>99</sup> V. Victor Nunes Leal, *Classificação das Normas Jurídicas*, in *Problemas de Direito Público*, 1960, p. 39 e ss. V. também, Luis Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, 1993, p. 71.

No plano internacional, que é o que interessa aqui, o princípio se manifesta de forma dúplice: (a) ora envolve a aplicação direta da lei estrangeira indicada pela regra de conexão; (b) ora envolve a aplicação *indireta* da lei estrangeira, pelo reconhecimento de direitos adquiridos e de situações constituídas no exterior. Nas duas hipóteses, a ordem pública opera no sentido de impedir a eficácia dos atos jurídicos contrastantes com os valores do foro, embora sua aplicação seja mais rígida no primeiro caso.

Não é difícil ilustrar o afirmado. A ordem pública brasileira jamais admitiria que um indivíduo domiciliado na Arábia Saudita, onde a poligamia é legítima, pudesse contrair no Brasil um segundo ou terceiro casamento simultâneo. Esta é uma situação. Por outro lado, diante de um fato já consumado no exterior, será possível, sem afronta à ordem pública, reconhecer efeitos ao segundo ou terceiro casamentos para os fins, por exemplo, do recebimento de pensão alimentícia ou de atribuição da condição de herdeiros à prole do casal. Como se vê, o conceito atua com intensidade diferente quando se trate de constituição de situação jurídica nova (aplicação direta da norma estrangeira) ou reconhecimento de situação já constituída (aplicação indireta da lei estrangeira).

Veja-se que diante da impossibilidade de se reconhecer eficácia à lei estrangeira, por afronta à ordem pública, há consenso doutrinário de que deva aplicar-se, à espécie, a *lex fori*. A exclusão da lei estrangeira deverá ser tão estrita quanto possível, aproveitando-se a parte remanescente que possa ser aceita no foro.<sup>100</sup>

Cabe, agora, fazer as aproximações cabíveis entre ordem pública e Constituição. O efeito da ordem pública, no plano internacional, é o de impedir a aplicação de direito estrangeiro, seja direta ou indiretamente. Trata-se de um princípio de amplo espectro, difuso e cambiante, que é externo à norma positiva, à letra expressa do texto legal. Como é comum dizer-se, é um princípio "exógeno às leis".<sup>101</sup> Conseqüência natural de tal premissa é que se encontrem aspectos inerentes à ordem pública fora do texto constitucional. Será possível, assim, negar aplicação à norma estrangeira por afronta à ordem pública brasileira, mesmo que ela não se confronte, direta ou imediatamente, com a Constituição.

Tem-se como assente, então, que nem tudo que viola a ordem pública viola a Constituição. A recíproca, todavia, segundo ampla linha de entendimento, não

100 V. Jacob Dolinger, *A Evolução da Ordem Pública...*, cit., p. 258: "Apurado pelo Tribunal que a lei, a sentença ou o contrato estrangeiros contêm disposição inaceitável no foro, deverá compor uma solução em que se aproveite o que for admissível da convenção, da norma ou decisão estrangeiras, substituindo a parte rejeitada por norma da *lex fori*".

101 Idem, p. 255.

é verdadeira. De fato, tem predominado o entendimento de que sempre que a norma estrangeira estiver em contraste com a Constituição estará, *ipso iure*, violando a ordem pública. O tema é interessante e complexo.<sup>102</sup>

Entre os internacionalistas — que, por formação, tentam minimizar as restrições à aplicação do direito estrangeiro — desenvolveu-se a crença que procurava negar a identidade necessária entre o conteúdo da ordem pública internacional e os princípios constitucionais. Sustentou-se, assim, que haveria normas da Constituição que teriam relevância e outras que seriam indiferentes à caracterização da exceção de ordem pública. Reproduzindo posição corrente na doutrina italiana, escreveu *Rui Moura Ramos*:

*"É assim que alguns não vão além de recomendar a atuação da ordem pública apenas quando a contradição aberta com a Constituição se traduz na negação da essência de um direito fundamental, afirmando ao mesmo tempo de forma clara que, longe de se referir a todas as normas constitucionais, a ordem pública apenas contende com aqueles poucos princípios fundamentais que possam fazer-se derivar imediatamente da Constituição, que vivem directamente na consciência jurídica da comunidade do foro e que por isso devem ser respeitados por todos os sistemas jurídicos que pretendem aplicar nesse Estado".*<sup>103</sup>

No Brasil, todavia, jamais se cogitou de exceção dessa ordem ao princípio da supremacia constitucional. Ademais, o *Código de Bustamante* tem disposição expressa a respeito, retirando a matéria da turbulência doutrinária e dando-lhe solução de direito positivo. Confira-se, a propósito, o teor do art. 4º do referido Código de Direito Internacional Privado, resultante de convenção internacional ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 18.871, de 13.08.29:

*"Art. 4º Os preceitos constitucionais são de ordem pública internacional".*

À luz de tal previsão, todas as disposições formalmente integradas à Constituição brasileira são tidas como de ordem pública internacional e impedem a

102 V. ampla discussão da matéria em Rui Manuel Gens de Moura Ramos, *Direito Internacional Privado e Constituição*, 1980, p. 210 e ss. A submissão de lei estrangeira ao controle de constitucionalidade perante a Lei Fundamental do foro foi afirmada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, em decisão datada de 4 de maio de 1971 (BVerfGE 31, 58). V. Jan Kropholler, *Internationales Privatrecht*, Mohr, Tübingen, 1990, p. 31-32.

103 Ob. cit., p. 218, invocando a lição de Barile, *Ordine Pubblico Internazionale e Costituzione*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 56 (1973), p. 729.

aplicação de direito estrangeiro com elas contrastantes. Em seu resultado prático, a exceção da ordem pública consubstanciada na norma constitucional ora terá efeito negativo — por vedar algo que o ordenamento externo permite —, ora terá efeito positivo, por permitir algo que a *lex causae* vedava.

Há, ainda, uma previsão expressa na Constituição brasileira, cunhada em norma unilateral,<sup>104</sup> que derroga expressamente o direito estrangeiro em princípio aplicável. É a que consta do inciso XXXI do art. 5º: “A sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cujus”.

Ainda neste domínio, das relações entre a Constituição e o direito internacional e estrangeiro, haveria espaço para ampla discussão acerca da aplicação extraterritorial das normas constitucionais. A delimitação de nosso objeto de estudo, todavia, remete este tema para outra oportunidade.<sup>105</sup>

Compendiando tudo que se vem de afirmar neste tópico, é possível afirmar, com base na melhor doutrina e na jurisprudência dos tribunais que:

A) quando da aplicação de lei estrangeira, cabe ao juiz ou tribunal brasileiro aplicá-la como o fariam os órgãos judiciários do País do qual promana a norma. Se em tal jurisdição se admitir a pronúncia de inconstitucionalidade de uma lei, poderá o juiz ou tribunal proceder da mesma forma, deixando de aplicar, ao caso concreto, preceito estrangeiro incompatível com o ordenamento de origem;

B) com muito mais razão, deverão os juízes e tribunais brasileiros negar aplicação à norma estrangeira que esteja em confronto com a Constituição brasileira. Com efeito, as normas constitucionais são tidas como de ordem pública internacional, impedindo a eficácia de leis, decisões judiciais e atos jurídicos estrangeiros com elas incompatíveis.

<sup>104</sup> *Unilateral* é a norma de solução de conflito de leis que prevê somente a aplicação da própria lei, da lei nacional — “aplica-se a lei brasileira” — em contraposição às normas *bilaterais*, que se servem de critério geral e universal — “aplica-se a lei do domicílio da pessoa”, “aplica-se a lei do local do contrato”.

<sup>105</sup> Nesta área encontram-se questões como a proteção dos nacionais no exterior; a de dever o Estado, em sua atuação no exterior, respeitar suas próprias normas constitucionais, etc. A questão da aplicação extraterritorial das normas constitucionais tem gerado inúmeras ações judiciais nos Estados Unidos, em temas os mais diversos, envolvendo a tortura e morte de um cidadão nicaraguense por agentes da CIA atuando na América Central (*Sanchez-Espinosa v. Reagan*, 770 F. 2d 202 — D. C. Circ. 1985); a invasão do domicílio de um cidadão mexicano, sem mandado, por agentes do Drug Enforcement Agency (*U.S. v. Verdugo — Urquidez*, já referido, etc. Sobre o tema, na doutrina americana, v. Jules Lobel, *The Constitution Abroad* e Andreas Lowenfeld, *U.S. Law Enforcement Abroad: The Constitution and International Law*, ambos publicados no *American Journal of International Law*, vol. 83, nº 4 (1989), pp. 871 e 880, respectivamente.

## PERFIL CONSTITUCIONAL DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

MARIA CRISTINA DE CICCIO\*

*Sumário: 1. Âmbito de aplicação do instituto. Crítica às teses que sustentam a necessidade de que o adquirente seja uma instituição financeira. — 2. Crítica à posição que procura solucionar a questão com base na alienação fiduciária de ações nominativas de sociedades anônimas. — 3. Crítica à tentativa de individuar a figura do adquirente distinguindo entre o texto originário e o modificado da lei em exame. — 4. Necessidade de levar em conta a previsão constitucional da possibilidade de prisão civil do depositário “infel” a quem é equiparado legalmente o alienante-fiduciário. Dúvidas sobre a legitimidade constitucional da norma. — 5. O desenvolvimento e a tutela do mercado como limites à aplicação do instituto. É inconcebível perseguir a tutela do mercado através da compressão do direito à liberdade pessoal do devedor. — 6. O perfil constitucional do instituto. Necessidade de “ler” as normas sobre a alienação fiduciária em garantia à luz dos valores expressos na Constituição de 1988. — 7. As diferenças fundamentais entre os institutos da alienação fiduciária e do depósito impedem a sua equiparação. — 8. A liberdade pessoal como manifestação tangível dos direitos fundamentais. A exigência de proteção da pessoa é realizável somente mediante uma atividade hermenêutica que tenda a evitar que os interesses mercantis comprimam aqueles próprios da pessoa. Atualidade da questão de legitimidade constitucional da disciplina em exame em relação ao Projeto do Código Civil que prevê uma análoga disciplina da propriedade fiduciária. — 9. Possibilidade concedida ao credor de indicar, a seu critério, os bens do devedor a serem penhorados como ulterior injustificado privilégio, a dano do devedor. — 10. Incidência e compatibilidade das regras ditadas pelo Código do Consumidor com a disciplina em exame.*

\* Professora de Direito Civil da Universidade de Camerino (Itália) e Professora Visitante da Faculdade de Direito da UERJ.