

**§ 3. EL DERECHO INTERNACIONAL FRENTE AL DERECHO
CONSTITUCIONAL BRASILEÑO.
JURISPRUDENCIA DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

a) *La relación entre derecho internacional y constitución*

La propia carta fundamental guarda para sí un lugar preponderante, en el vértice mismo del plexo normativo aplicable en el ámbito interno, calificándose páramo de control de todas las normas susceptibles de entrar en vigor en el territorio brasileño.

La garantía de la primacía constitucional no sólo se coloca dentro de las facultades jurisdiccionales de las instancias inferiores, sino también, en última y definitiva instancia, del Supremo Tribunal.

Es de resaltar que las normas de la constitución que aseguran la preeminencia de la Carta –salvo el caso del art. 60, §4º, sólo aplicable a las enmiendas– constituyen garantías de naturaleza procesal y no –expresamente– de derecho

material (arts. 97 y 102, I, “a” y “p”, y III, “a” y “b”), como lo son, a manera de ejemplo, los arts. 27 y 75, 22, párr. 2º, de la constitución argentina y 137 y 141 de la Ley mayor paraguaya. Esta ausencia de una pauta normativa de fondo no ha impedido a la Suprema Corte mantener –aún reconociendo tal laguna– la aplicación sin excepciones de la constitución federal. En efecto, al emitir su dictamen como relator del RE 114.184/SP el Min. Carlos Madeira mantuvo que «[e]mbora não tenhamos expresso nas nossas Constituições disposição idêntica ao do art. 27 da Constituição Argentina, que obriga a governo federal a afiançar as relações de paz e comércio como petências estrangeiras por meio de tratados que estejam de conformidade como os princípios de direito público estabelecidos na Constituição, a verdade é que é princípio ínsito ao nosso sistema constitucional, a harmonia do direito dos tratados com o decorrente da nossa Lei fundamental»²²⁵.

Constituye un principio doctrinal y jurisprudencial ampliamente consolidado el que otorga a la carta fundamental el grado jerárquico primario en la escala normativa²²⁶, aplicándose tal prevalencia aún frente a los tratados y acuerdos internacionales que infrinjan, formal o materialmente²²⁷, las disposiciones constitu-

²²⁵ Sentencia STF, 2ª turma, RE 114.184/87, cit. (voto Min. rel. párr. 2º).

²²⁶ El Supremo Tribunal ha considerado que «[s]abemos que a supremacia da ordem constitucional traduz princípio essencial que deriva, em nosso sistema de direito positivo, do caráter eminentemente rígido de que se revestem as normas inscritas no estatuto fundamental», «[n]esse contexto, em que a autoridade normativa da Constituição assume decisivo poder de ordenação e de conformação da atividade estatal – que nela passa a ter o fundamento de sua própria existência, validade e eficácia –, nenhum ato de Governo (Legislativo, Executivo e Judiciário) poderá contrariar-lhe os princípios ou transgredir-lhe os preceitos, sob pena de o comportamento dos órgãos do Estado incidir em absoluta desvalia jurídica», «[e]ssa posição de eminência da Lei Fundamental –que tem o condão de desqualificar, no plano jurídico, o ato em situação de conflito hierárquico com o texto da Constituição–...» [sentencia STF, Pleno, ADIn MC 2.215/PE, rel. Min. CELSO DE MELLO, 17.04.01 (pendiente de publicación en el DJU; transcripción del voto del Min. rel. en Informativo del STF N° 224, 16 a 20 de abril de 2001; voto Min. rel. párr. 9º, 10º y 11º, acompañados por el pleno. Las negritas se encuentran en el original)]. Para el STF los acuerdos internacionales son normas infraconstitucionales [sentencia STF, Pleno, ADIn MC 1.347/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO, 05.09.95 (DJU 01.12.95 pág. 41.685; voto Min. rel. párrs. 10º y 27º)] y, por ello, no son susceptibles de sobreponerse al texto fundamental [sentencias STF, Pleno, RE 172.720/RJ, rel. Min. MARCO AURÉLIO, 06.02.96 (DJU 21.02.97; ementa y voto Min. rel. párr. 4º); 2ª turma, RE 215.984/RJ, rel. Min. CARLOS VELLOSO, 04.06.02 (transcripción en Informativo del STF N° 273, 17 a 21 de junio de 2002; voto Min. rel. párr. 8º)].

En la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia, ver entre muchas, sentencias 4ª turma, REsp 173.526/SP, rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, 22.05.01 (DJU 27.08.01; voto Min. rel. N° 6); 2ª turma, RHC 11.731/SP, rela. Mina. ELIANA CALMON, 09.10.01 (DJU 15.04.02 pág. 187; ementa y voto Min. rel. párr. 3º).

²²⁷ BASTOS, Carlos E. Caputo, “O proceso de integração do Mercosul...”, cit., pág. 44; BORGES, José A., “Mercosul. Normas de implantação. Força vinculante”, Revista dos Tribunais, año 84, vol. 721, noviembre 1995, Brasília, págs. 45 y 46; CASSONE, Vittorio, “Mercosul - Tratados internacionais: seus ingresso na ordem jurídica interna e a isenção de tributos estaduais e municipais. Marco distintivo entre incidência, não-incidência, imunidade e isenção”, Repertório de Jurisprudência IOB N° 23/97, Tributário, Constitucional e Administrativo, Caderno N° 1, 1997, Rio Janeiro, pág. 575; FURLAN, Fernando de Magalhães, “Direito da Integração no Mercosul e dogmas de Estado: Análise da doutrina da soberania e regime constitucional brasileiro”, Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios N° 17, ano 9, janeiro junho 2001, Brasília, pág. 130.

cionales²²⁸. El control respectivo según la doctrina²²⁹ y –como se ha visto– la jurisprudencia pertenece a la órbita de atribuciones del poder judicial, siendo la última instancia el STF. No se discute en Brasil la *absoluta* primacía constitucional tanto frente a normas foráneas como internas²³⁰.

²²⁸ ACCIOLY, Hildebrando-NASCIMENTO E SILVA, Geraldo E. do, “Manual de Direito Internacional Público”, 12ª edição, ed. Saraiva, São Paulo, 1996, pág. 60; ALBERTON, Genacéia da Silva, “Tributação e jurisprudencialização no estado contemporâneo: Perspectiva para o Mercosul”, RDM 2002-2, 83; ALENCAR, Maria Luiza Pereira de, “A Constituição Brasileira e o Mercosul (posicionamentos doutrinários)”, Revista Diálogo Jurídico N° 3, vol. I, junio 2001, Salvador, ed. CAJ (Centro de Atualização Jurídica), págs. 1 y 11, extraído del sitio://www.direitopublico.com.br -visitado el 18.05.2002; ARBUET VIGNALI, Heber, “Las relaciones entre el sistema jurídico del Mercosur y los sistemas internos de los Estados Miembros”, en Libro de Ponencias de las Jornadas Uruguayo-Santafesinas, ed. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad Nacional del Litoral), Santa Fe, 1997, pág. 283; GARCIA JÚNIOR, Armando Alvares, op. cit., págs. 189, 201 y 219; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, “O STF e os conflitos entre Tratados internacionais e Leis internas”, en Jornal Correio Braziliense, lunes, 5 de agosto de 2002 (*copia mimeográfica* suministrada por el autor); NAKAYAMA, Juliana Kiyosen-RIBEIRO, María de Fátima, op. cit., pág. 711; OLIVEIRA, Regis Fernandes de, op. cit., pág. 240; PARAÍSO ROCHA, Roberto, op. cit., pág. 514; PEREIRA, Luis Cezar Ramos, “Conflito entre norma constitucional e Tratado do Mercosul - Efeitos e consequência diante o Direito Internacional”, RDM 1998-2, 38 y 43; REIS, Márcio Monteiro, “Mercosul, União Européia...”, cit., pág. 111; RIBEIRO, María de Fátima, op. cit., pág. 11; STRENGER, Irineu, op. cit., págs. 110 y 114; TÔRES, Heleno, op. cit., págs. 571 a 574 y 577; XIMENES ROCHA, Fernando L., op. cit., pág. 79.

Así también lo ha reconocido expresamente el Ministro de Relaciones Exteriores, Embaj. Celso Lafer, en la Exposición de Motivos N° 136/MRE, de 16 de abril de 1992 (DCN, sección I, 19.05.92 pág. 9.241), que acompaña la solicitud del Presidente al Congreso, acerca de la aprobación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En el punto 6° del documento el citado ministro mantuvo que “[s]eja como for, a eventual aprovação integral da *Convenção*, mesmo sem qualquer reserva, pelo Congresso Nacional, *nunca poderia ser tomada como postergatória de normas constitucionais*, já que *no Brasil não se tem admitido que os tratados internacionais se sobreponham à Constituição*” (la cursiva fue agregada).

²²⁹ ANTUNES ROCHA, Cármen L., “Constituição, soberania e Mercosul”, A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional N° 2, ano 1, ed. Juruá, Curitiba, 1999, págs. 33 a 34 y 47, también publicado en Revista de Informação Legislativa N° 139, ano 35, julho - septiembre 1998, págs. 283 a 304; AZEVEDO, Philadelpho, “El conflicto de interpretación entre el derecho internacional y la ley interna”, Revista de Derecho y Administración, tomo XLII, 1944, Montevideo, pág. 161; *del mismo autor*, “Os tratados e os interesses...”, cit., pág. 14; BAPTISTA, Luiz Olavo, “Inserção das normas do Mercosul...”, cit., pág. 394; *del mismo autor*, “Aplicação das normas...”, cit., págs. 33 a 34; BASTOS, Carlos E. Caputo, “O proceso de integração do Mercosul...”, cit., pág. 12; BORJA, Sérgio, “O Mercosul pela ótica do direito constitucional...”, cit., pág. 339; *del mismo autor*, “A incorporação de tratados...”, cit., pág. 111; “Teoría Geral dos Tratados...”, cit., págs. 65 a 66; CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio P., “O Poder de celebrar...”, cit., pág. 277; FONTOURA, Jorge, “Asimetrías constitucionales...”, cit., punto 2; GARCIA JÚNIOR, Armando Alvares, op. cit., págs. 201 a 205 (el autor aclara que el control de constitucionalidad en términos concretos no se efectiviza sobre el acuerdo internacional sino sobre las normas internas de aprobación, ratificación o promulgación); NETO, José Ignacio Coelho Mendes-CORTEZ, María Eugênia, op. cit., págs. 8 y 9; TAVOLARO, Agostinho Toffoli, “Tratados para evitar a dupla Tributação Internacional”, en “Curso de Direito Tributário” (Ives Gandra da Silva Martins, coord.), vol. 2, 5ª edição, ed. CEJUP (Centro de Estudos de Extensão Universitária), Belém, 1997, pág. 11.

²³⁰ A pesar del pacífico consenso al respecto en alguna oportunidad se sostuvo, aisladamente, que “si bien no conocemos una decisión judicial, emanada del más alto Tribunal que,...., establezca,...., que el Brasil no puede, frente a terceros Estados invocar su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le impone(n)... los tratados en vigor, este principio goza de aceptación general en dicho país” (CÁRDENAS, Emilio J., “Hacia un Derecho Comunitario Latinoamericano”, Revista Derecho de la Integración N° 1, 1967, ed. INTAL, Buenos Aires, pág. 41).

Al decir de Rezek “para o Estado soberano, a constituição nacional, vértice do ordenamento jurídico, é a sede de determinação da estatura da norma jurídica convencional.. [...] Assim, posto o primado da constituição em confronto como a norma *pacta sunt servanda*, é corrente que se preserve a autoridade a lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquelle responder”²³¹.

i) Los Tratados clásicos y los Convenios sobre protección de los derechos humanos

El numeral 2º del art. 5º de la constitución distingue a estos tratados al declarar que los derechos y garantías individuales garantizados a lo largo de todo el texto primario no pueden entenderse como excluyentes de otros que sean susceptibles de resultar, además del régimen y los principios constitucionales, de los acuerdos internacionales de los que el Estado brasileño forme parte.

A tenor de las reformas constitucionales que se han llevado a cabo en varios países de Latinoamérica, incluyendo Argentina y Paraguay, deviene oportuno investigar si esta categoría de instrumentos internacionales tienen, en términos normativos, jerarquía y naturaleza diferentes de las propias disposiciones constitucionales.

El diverso tratamiento que la constitución brasileña a depara esta tipología de acuerdos conlleva también un posicionamiento a nivel interno diferente. Este podría surgir, por ejemplo a partir de reconocerles el *status* de fuente primaria y directa de derechos parangonables a los constitucionalmente garantizados. No obstante resulta difícil derivar de ello que deban ser entendidos como normas de naturaleza constitucional, o parte integrante de la propia constitución; en otras palabras, disposiciones sustancialmente conformadoras del texto constitucional²³².

²³¹ REZEK, José F., “Direito Internacional...”, cit., págs. 103 a 104; *del mismo autor*, “Direito dos...”, cit., págs. 461 a 462. En igual dirección, CASELLA, Paulo Borba, “Mercosul. Exigências e perspectivas: integração e consolidação de espaço econômico”, ed. LTr, São Paulo, págs. 218 a 219.

²³² X. Rocha opina que los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos ratificados por Brasil deben entenderse incluidos en el elenco de los derechos fundamentales de la constitución (XIMENES ROCHA, Fernando L., op. cit., pág. 81). En la misma dirección, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, “Direitos Humanos & Relações...”, cit., págs. 96 a 109 y 178 a 186 (quien defiende la inclusión en el texto constitucional de los derechos declarados en los tratados sobre la materia —“efeito aditivo”—; en su entendimiento estos derechos son materialmente normas constitucionales, no pudiendo ser alterados ni aún por fuerza de enmienda constitucional); *del mismo autor*, “A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos...”, cit., págs. 186, 187, 190 y 196; *idem*, “Hierarquia constitucional e incorporação automática...”, cit., págs. 236 a 242 y 244 a 246; *idem*, “Direito Internacional. Tratados...”, cit., pág. 149; ANTUNES ROCHA, Carmen L., op. cit., pág. 33; DIAS, Luiz Cláudio Portinho, “A aplicação das normas do Mercosul pelo Juiz nacional”, *Ambito Jurídico* N° 3, marzo 2001, pág. 2, extraído del sitio de “Ambito Jurídico”: <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/merc0002.htm> - visitado el 16.05.2002; SHECAIRA, Sergio Salomão, “Tratados de Derechos Humanos y Derecho Brasileño”, en Libro de Ponencias de las Jornadas Uruguayo-Santafesinas, cit., pág. 29; TAVOLARO, Agostinho Toffoli, op. cit., pág. 13; TÔRRES, Heleno, op. cit.,

La reserva a suscribir esta posición surge del mismo cuerpo de la Carta²³³. En primer lugar, debido a que la constitución únicamente puede ser alterada en su contenido según los mecanismos por ella regulados; en la actualidad establecidos en el art. 60, es decir a través del proceso de *enmienda constitucional*, que constituye, según informa Silva, “agora... único sistema de mudança formal da Constituição...”²³⁴. Además de que dicha norma no prescribe que la ratificación de un tratado de los comentados constituya un cause para modificar la ley fundamental, la tramitación y celebración de tales instrumentos difiere sustancialmente del procedimiento de enmienda constitucional (legitimación para iniciar el trámite, etapas del proceso parlamentario de aprobación y mayorías necesarias, etc.)²³⁵.

En principio, la disposición del numeral 4º del art. 60 de la constitución, al proclamar que no serán susceptible de revisión constitucional (enmienda), entre otros, los derechos y garantías personales, estaría equiparando de alguna manera, por fuerza de los §§1º y 2º del art. 5º, las prerrogativas que emergen de estos acuerdos internacionales a las que resultan del mismo texto constitucional, al menos en lo que se refiere a su inmodificabilidad. De aceptarse esta posición, las reservas a un tratado sobre derechos humanos que eventualmente se depositen, o la propia denuncia de este tipo de convenios requeriría no el inicio del proceso de reforma constitucional, sino la convocatoria de una convención constituyente puesto que la temática es inmune a los proyectos de enmienda.

Por otro lado, lo que la norma del art. 5º dispone es que los derechos originados en tratados sobre garantías fundamentales también serán aplicables en el

págs. 572 a 574. Para Baptista, los derechos contenidos en esta clase de tratados constituyen cláusulas pétreas de la carta política (BAPTISTA, Luiz Olavo, “Inserção das normas do Mercosul...”, cit., pág. 395).

²³³ Así también AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do, “Os tratados no ordenamento jurídico brasileiro”, Revista Jurídica Virtual Nº 11, abril 2000, ed. Presidência da República - Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, págs. 4, 8, 9 y 11, extraído del sitio: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_11/ - visitado el 16.05.2002; BORGES, José Souto Maior, “Direitos humanos...”, cit., págs. 626, 628, 629, 649 y 650.

²³⁴ SILVA, José Afonso da, op. cit., pág. 64.

²³⁵ Constitución de 1988, art. 60 “La Constitución podrá ser enmendada mediante propuesta: I- de un tercio, al menos, de los miembros de la Cámara de los Diputados o del Senado Federal; II- del Presidente de la República; III- de más de la mitad de las Asambleas Legislativas de las unidades de la Federación, manifestándose cada una de ellas por mayoría relativa de sus miembros.

§1. La Constitución no podrá ser enmendada bajo la vigencia de intervención federal, del estado de defensa o del estado de sitio.

§2. La propuesta será discutida y votada en cada Cámara del Congreso Nacional dos veces, considerándose aprobada si obtuviera en ambas tres quintos de los votos de los respectivos miembros.

§3. La enmienda a la Constitución será promulgada por las Mesas de la Cámara de los Diputados y del Senado Federal con el respectivo número de orden.

§4. No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir: I- forma federal del Estado; II- el voto directo, secreto, universal y periódico; III- la separación de los poderes; IV- los derechos y garantías individuales;

§5. La materia objeto de propuesta de enmienda rechazada o considerada inoperante, no podrá ser objeto de nueva propuesta en la misma sesión legislativa”.

derecho interno de manera directa, es decir sin ser necesario la intermediación legislativa y que ello en modo alguno resulta incompatible con aquellos reconocidos o que se deriven del propio tenor de la carta política. Existiría una relación, si se quiere, de complementariedad, antes que de igualdad o integración normativa.

ii) La orientación jurisprudencial del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal de Justicia

Se tratará, en primer lugar (1) la jurisprudencia que han sentado los tribunales brasileños en lo que hace a la relación jerárquica entre la constitución y los tratados, para luego (2) realizar la misma investigación en lo que se refiere a los acuerdos amparados por el art. 5º, § 2º, de la CF 1988.

(1) La supremacía de la Carta ha sido profusamente reconocida por la jurisprudencia, sin distinciones de textos constitucionales históricos²³⁶.

La doctrina del STF ha reconocido que, a pesar de la ausencia de una disposición explícita, el principio de la primacía de la carta política por sobre los convenios internacionales constituye un *imperativo* constitucional apoyado en una base doble: por un lado, (a) en el procedimiento de reforma constitucional que es más exigente y complejo que el mecanismo requerido para la aprobación de los tratados²³⁷; y por el otro, (b) en la posibilidad del control de constitucionalidad de los tratados prevista en el art. 102, III, “b”²³⁸.

²³⁶ Durante la vigencia de la constitución anterior (1967, con la enmienda de 1969): sentencias STF, 2ª turma, RE 109.173/87, cit. (voto Min. rel. párrs. 4º, 7º y 8º, acompañado por la unanimidad de la turma, incluyendo el voto-vista del Min. Borja); 2ª turma, RE 114.184/87, cit. (voto Min. rel. párr. 2º, con cita expresa de su voto como relator en los embargos de declaración opuestos contra el acuerdo del RE 109.173).

En el marco de la actual constitución de 1988: sentencias STF, Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. (ementa apart. 2º; y voto Min. rel. párrs. 21º a 24º, 30º a 35º, y 41º a 44º); Pleno, HC 76.561/SP, rel. Min. CARLOS VELLOSO, rel. p/acóðão Min. NELSON JOBIM, 27.05.98 (DJU 02.02.01 pág. 73; voto Min. Celso de Mello –que acompañó a la mayoría del tribunal– párrs. 9º y 13º); Decisão Monocrática, HC 78.375/SP, rel. Min. CELSO DE MELLO, 28.01.99 (DJU 10.02.99 pág. 23; voto Min. rel. párr. 13º); 2ª turma, RE 254.544/GO, rel. Min. CELSO DE MELLO, 28.03.00 (DJU 26.05.00; voto Min. rel. párrs. 5º y 9º, y ementa 2º); Pleno, RHC 79.785/RJ, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 29.03.00 (DJU 22.11.02; voto Min. rel. párrs. 25º y 29º); Decisão Monocrática, RE 269.661/SP, rel. Min. CELSO DE MELLO, 09.05.00 (DJU 12.06.00 pág. 50; voto Min. rel. párrs. 15º y 27º); Decisão Monocrática, RHC 79.785/RJ, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 15.08.00 (DJU 30.08.00 pág. 63; voto Min. rel. párr. 13º); Decisão Monocrática, RE 267.707/SC, rel. Min. CELSO DE MELLO, 13.09.00 (DJU 06.10.00 pág. 136; voto Min. rel. párr. 6º); 1ª turma, RE 274.183/GO, rel. Min. MOREIRA ALVES, 26.09.00 (DJU 24.11.00; ementa párr. 1º, y voto Min. rel. párrs. 1º y 2º).

²³⁷ «II. [...] 2. Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b)» [sentencias STF, Pleno, RHC 79.785/00, cit. (ementa II apart. 2, y voto Min. rel. párr. 34º); Decisão Monocrática, RHC 79.785/00, cit. (voto Min. rel. párr. 13º)].

²³⁸ «A indiscutível supremacia da ordem constitucional brasileira sobre os tratados internacionais (ADI 1.480-DF, rel. Min. CELSO DE MELLO), portanto, além de traduzir um imperativo que decorre de nossa própria

Según el máximo Tribunal esta posición no resulta alterada por principios de derecho internacional, como el de *pacta sunt servanda*, toda vez que la preeminencia del texto primario no puede ser limitada por dichas reglas jurídicas²³⁹.

De resultar judicialmente irreconciliables la disposición internacional y las normas de la constitución la solución será, cuanto menos, la inaplicación al caso de la primera o, en el supuesto de una ADIn el destierro del acto internacional del ordenamiento brasileño²⁴⁰: «*No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política*»²⁴¹.

En el siguiente pasaje (2) se investigará acerca de la jerarquía que la jurisprudencia brasileña ha otorgado a los tratados sobre protección de los derechos fundamentales, a tenor del paraguas jurídico que les otorga el numeral 2º del art. 5º de la constitución²⁴².

Uno de los puntos de discusión de más reiterado tratamiento ha sido el alcance de la prohibición de prisión civil por deudas. En Brasil la regla es la eliminación de esta pena privativa de la libertad como medio para constreñir el pago de

Constituição (art. 102, III, b), reflète o sistema, que, com algumas poucas exceções, tem prevalecido no plano do direito comparado, que considera inválida a convenção internacional que se oponha, ou que restrinja o conteúdo eficaz, ou, ainda, que importe em alteração da Lei Fundamental (Constituição da Nicarágua de 1987, art. 182; Constituição da Colômbia de 1991, art. 241, n. 10; Constituição da República da Bulgária de 1991, art. 149, § 1º, n. 4, v.g.)» [sentencias STF, Pleno, HC 76.561/98, cit. (voto Min. Celso de Mello –mayoría– párr. 10º. Las negritas están en el original); Decisão Monocrática, HC 78.375/99, cit. (voto Min. rel. párr. 20º); 2ª turma, RE 254.544/00, cit. (voto –vencedor– Min. rel. párr. 17º); Decisão Monocrática, RE 269.661/00, cit. (voto Min. rel. párr. 19º); 2ª turma, RHC 80.035/SC, rel. Min. CELSO MELLO, 21.11.00 (DJU 17.08.01; voto Min. rel. párr. 34º).

²³⁹ Sentencia STF, Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. (ementa apart. 5º, párr. 1º, y voto Min. rel. párr. 31º; ver también, ementa apart. 2º, párr. 2º, y voto Min. rel. párr. 22º).

²⁴⁰ En cuanto a los alcances de una sentencia de inconstitucionalidad ver sentencia STF, Decisão Monocrática, ADIn 595/ES, rel. Min. CELSO DE MELLO, 18.02.02 (publicado en el Informativo del STF N° 258, 25 de febrero a 1º de marzo de 2002; voto Min. rel. párr. 6º). La resolución tiene efecto *ex nunc*, como si el acto declarado inconstitucional nunca ha existió [sentencia STF, Pleno, ADIn MC 2.215/01, cit. (voto Min. rel. párrs. 14º y 16º, acompañado por el pleno)]; aunque tal afirmación ha sufrido alguna relativización [sentencia STF, Pleno, *idem*, (voto Min. rel. párrs. 15º y 17º a 19º, acompañado por el pleno)].

²⁴¹ Sentencia STF, Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. (ementa apart. 2º, párr. 1º, y voto Min. rel. párr. 23º. La negrita no figura en el original. Más adelante –párr. 34º– el mismo juez acrecentó que la consecuencia que se sigue de una hipótesis de conflicto es la «*invalidade*» y la «*ineficácia*» de las cláusulas del tratado). En la REP 803/77, el relator dejó planteada la misma doctrina: «...*não obstante oriundas de instrumento internacional que haja merecido ratificação, não guardam validade no órbita interna se afrontam preceito da Lei Magna*» [sentencia STF, Pleno, REP 803/77, cit. (voto Min. rel. párr. 2º. La negrita fue agregada)].

²⁴² La cláusula del art. 5º, §2º, de la carta política es de exclusiva aplicación a los instrumentos internacionales que versen sobre derechos humanos [cf. sentencia STF, 1ª turma, RE 214.349/RJ, rel. Min. MOREIRA ALVES, 13.04.99 (DJU 11.06.99 pág. 21; ementa y voto Min. rel. párr. 1º)].

una obligación civil²⁴³, salvo para dos supuestos contemplados desde las constituciones anteriores²⁴⁴: (i) incumplimiento voluntario de una obligación por alimentos y (ii) supuesto de depositario infiel. La actual constitución mantiene la misma regulación²⁴⁵.

La legislación infraconstitucional también reconoce estas dos excepciones. El código civil dispone en su art. 1.287 la posibilidad de prisión ante el incumplimiento del depósito voluntario (contractual) o necesario (por orden judicial)²⁴⁶. Esto se completa desde el punto de vista procesal con los arts. 902, §1º, y 904 CPCB, que fijan el mecanismo para efectivizar la prisión por la inobservancia de la obligación depositaria²⁴⁷.

El decreto-lei 911 (01.10.1969), dictado sobre la habilitación del art. 66 de la ley 4.728 (14.07.1965), equipara en su art. 1º el fideicomiso en garantía al contrato de depósito y con ello la venta de bienes bajo fideicomiso en garantía (“alienação fiduciária em garantia”) a la figura del depositario infiel, mientras que su art. 4º se remite a las normas del código civil sobre depósito. Según algunos autores y la jurisprudencia la CF 1988 receptó en su art. 5º, numeral LXVII, el contenido del decreto-lei 911/69, de esta manera por equiparación al supuesto del depositario infiel los casos de “alienação fiduciária em garantia” pueden ser penados con pena privativa de la libertad.

Por otro lado, Brasil ha ratificado dos instrumentos internacionales de protección de los derechos fundamentales que vedan la posibilidad de prisión civil por deudas, salvo en caso de incumplimiento de una obligación alimentaria: la Convención Americana de Derechos Humanos (PSJCR: art. 7º, 7º) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP: art. 11)²⁴⁸.

²⁴³ Constituciones de 1934, art. 113, 30; de 1946, art. 141, §32, y de 1967, art. 150, §17.

²⁴⁴ Constituciones de 1946, art. 141, §32 (“No habrá prisión civil por deuda, multa o costas, salvo el caso del depositario infiel y el incumplimiento de una obligación alimentaria, en la forma de la ley”), y de 1967, art. 150, §17.

²⁴⁵ Constitución de 1988, art. 5º “Todos son iguales ante la ley,...: [...] LXVII- no habrá prisión civil por deudas, salvo para los responsables por el incumplimiento voluntario e inexcusable de la obligación de alimentos y para los depositarios infieles”.

²⁴⁶ Código Civil (ley 3.701, 01.01.1916, en vigor hasta el 11.01.2003, fecha en la cual entrará en vigencia el nuevo Código Civil, ley 10.406, 10.01.2002, DOU 11.01.02), art. 1.287 “Sea voluntario o necesario el depósito, el depositario, que no restituye, cuando le sea exigido, será compelido para hacerlo, mediante prisión que no exceda a 1 (un) año, y para resarcir los perjuicios (art. 1.273)”.

²⁴⁷ Código Procesal Civil (CPCB; ley 5.869, 11.01.1973, DOU 17.11.73).

²⁴⁸ Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana de Derechos Humanos), 22 de noviembre de 1969. El Pacto fue aprobado por el decreto legislativo 27, 26.05.92 (DOU 28.05.92), ratificado y depositado el instrumento de adhesión el 25 de septiembre de 1992, promulgado por decreto presidencial 678, 06.11.92 (DOU 09.11.92 pág. 15.562). El art. 7º dispone “[...] 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por Resolución N° 2.200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 19 de diciembre de 1966. El Pacto fue aprobado por decreto legislativo 226,

La incompatibilidad entre ambos ordenes normativos dio lugar a varios expedientes que llegaron al Supremo Tribunal por recurso extraordinario y por habeas corpus planteados por personas que habían sido (o estaban por serlo) objeto de una orden de prisión por enajenación de un bien fiduciario dado en garantía. Se presentaron dos posiciones, la primera, que sostenía la imposibilidad de extender por ficciones legales los supuestos de prisión civil, en base al mandato constitucional de la prohibición de esta pena como regla, con el aditamento de que la ratificación de los Pactos antes citados habían derogado las disposiciones del decreto-lei 911/1969; la posición contraria, mantenía que la claridad del texto constitucional y la incondicionalidad de la equiparación llevada a cabo por el mencionado decreto-lei, que consideraban aceptado por el nuevo orden constitucional, hacía presumir que, a pesar de la existencia de aquellos tratados, el constituyente excepcionó de la regla prohibitiva los casos de enajenación de un bien fiduciario dado en garantía. Luego de intensos debates en el seno de la Suprema Corte la doctrina que logró imponerse fue la últimamente reseñada. La sentencia señera en la materia fue el HC 72.131/RJ, resuelto por mayoría y con voto vencido del ministro relator M. Aurelio; decisión que no obstante datar de noviembre de 1995 se encuentra aún pendiente de publicación oficial²⁴⁹. En dicha oportunidad la Corte mantuvo la constitucionalidad del decreto-lei 911/69.

Para llegar a esta conclusión definitiva el STF entendió que la carta fundamental no puede (ni debe) ser expuesta a mecanismos que limiten su vigencia, ni aún aquellos que se invoquen sobre la base de los tratados internacionales sobre derechos humanos²⁵⁰, como el Pacto de San José de Costa Rica²⁵¹. En efecto, así

12.12.91, ratificado el 24 de enero de 1992 y promulgado por decreto ejecutivo 592, 06.07.92. Su art. 11 establece: "Nadie será encarcelado por el sólo hecho de no poder cumplir una obligación contractual".

²⁴⁹ Sentencia STF, Pleno, HC 72.131/RJ, rel. Min. MARCO AURÉLIO, rel. p/acordão Min. MOREIRA ALVES, 22.11.95 (*pendiente de publicación en el DJU*; ver Informativo del STF N° 14, 13 a 24 de noviembre de 1995). Votaron por la mayoría los Mins. Moreira Alves, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão, Celso de Mello, Octavio Gallotti, Sydney Sanches y Néri da Silveira; vencidos los Mins. Marco Aurélio, Francisco Rezek, Carlos Velloso y Sepúlveda Pertence. La materia del proceso consistió en un HC interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Justicia del Estado de Río de Janeiro. El STF denegó la solicitud.

Recientemente la Corte, también en sesión plenaria, ha confirmado lo resuelto en el HC 72.131/RJ: sentencia STF, Pleno, RE 206.482/DF, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, 27.05.98 (*pendiente de publicación en el DJU*; ver Informativo del STF N° 112, 7 a 11 de septiembre de 1998). Así también, sentencia STF, 1ª turma, RE 339.909/SP, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 23.04.02 (DJU 17.05.02; ementa y voto Min. rel. párrs. 2º y 3º).

²⁵⁰ Sentencias STF, Pleno, HC 76.561/98, cit. (voto Min. Celso de Mello –mayoría– párr. 5º); Decisão Monocrática, HC 78.375/99, cit. (voto Min. rel. párr. 12º); 2ª turma, RE 254.544/00, cit. (voto –vencedor– Min. rel. párr. 5º); Decisão Monocrática, RE 269.661/00, cit. (voto Min. rel. párr. 7º).

²⁵¹ «[...]—**A QUESTÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL E A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS.** —*A ordem constitucional vigente no Brasil – que confere ao Poder Legislativo explícita autorização para disciplinar e instituir a prisão civil relativamente ao depositário infiel (art. 5º, LXVII) – não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante tratado ou convenção internacional, ter-se-ia interditado a prerrogativa de exercer, no plano interno, a*

lo ha sentenciado el Alto tribunal: «*Inconstitucionalidade da interpretação dada ao artigo 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica no sentido de derrogar o Decreto-Lei 911/69 no tocante à admissibilidade da prisão civil por infidelidade do depositário em alienação fiduciária em garantia*»²⁵².

La Suprema Corte no ha rechazado aplicar el Pacto de San José, aunque sí ha hecho sus reservas cuando de ello puedan resultar limitaciones a disposiciones constitucionales, en cuyo extremo se deberá sacrificar el efecto del tratado internacional²⁵³. Tal razonamiento ha sido acompañado por el STJ²⁵⁴.

Esta posición consolidada del Supremo Tribunal no es unánime. Así por ejemplo, en los inicios del debate el ministro Rezek sostuvo que el Pacto de San

competência institucional que lhe foi outorgada, expressamente, pela própria Constituição da República. Precedentes. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, além de subordinar-se, no plano hierárquico-normativo, à autoridade da Constituição da República, não podendo, por isso mesmo, contrariar o que dispõe o art. 5º, LXVII, da Carta Política, também não derogou – por tratar-se de norma infraconstitucional de caráter geral (lex generalis) – a legislação doméstica de natureza especial (lex specialis), que, no plano interno, disciplina a prisão civil do depositário infiel» [sentencia STF, 2ª turma, RHC 80.035/00, cit. (ementa, ver también voto Min. rel. párrs. 22º, 29º y 30º. La negrita se encuentra en el original)].

En forma concordante, sentencias STF, 2ª turma, RE 254.544/00, cit. (ementa N° 2 y voto Min. rel. párrs. 5º, 12º y 13º); Decisão Monocrática, RE 269.661/00, cit. (ementa y voto Min. rel. párrs. 14º y 27º); Decisão Monocrática RE 267.707/00, cit. (voto Min. rel. párr. 6º); Pleno, HC 76.561/98, cit. (voto Min. Celso de Mello –mayoría– párr. 12º); Decisão Monocrática, HC 78.375/99, cit. (voto Min. rel. párr. 11º).

²⁵² Sentencia STF, 1ª turma, RE 274.183/00, cit. (ementa párr. 3º; a su vez el Min. rel. dejó sentado en el considerando N° 2 de su voto que el Pacto de San José no puede impedir la prisión para el depositario infiel pues, de lo contrario, «*essa interpretação advirá do entendimento que é inconstitucional, de que a legislação infraconstitucional pode afastar execuções impostas diretamente pela Constituição...*»). Ver además, sentencias STF, Pleno, HC 76.561/98, cit. (voto Min. C. de Mello –mayoría– párrs. 10º y 13º); 2ª turma, RE 254.544/00, cit. (voto –vencedor– Min. rel. párrs. 10º y 11º); 2ª turma, RHC 80.035/00, cit. (voto Min. rel. párr. 28º); Decisão Monocrática, RE 269.661/00, cit. (voto Min. rel. párr. 12º); 2ª turma, RHC 80.035/00, cit. (voto Min. rel. párr. 27º).

²⁵³ «[...] II- Mérito. [...] 4- Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, n° 7, do Pacto de São José da Costa Rica, (“ninguém deve ser detido por dívida”: “este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”) deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição. 5- “Habeas-corpus” conhecido em parte e, nesta parte, indeferido» [sentencia STF, 2ª turma, HC 73.044/96, cit. (ementa); en sentido similar, sentencias STF, 2ª turma, HC 74.383/MG, rel. Min. NERI DA SILVEIRA, rel. p/acórdão Min. MARCO AURELIO, 22.10.96 (DJU 27.06.97 pág. 30.227; voto vencido Min. rel. párr. 10º); 2ª turma, HC 75.512/SP, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, 09.09.97 (DJU 31.10.01; ementa N° 4 y voto Min. rel. párr. 1º acompañado por la turma)]. Consultar también, sentencias STF, Pleno, HC 76.561/98, cit. (voto Min. C. de Mello –mayoría– párr. 14º); Decisão Monocrática, HC 78.375/99, cit. (voto Min. rel. párr. 14º); 2ª turma, RE 254.544/00, cit. (voto –vencedor– Min. rel. párr. 14º); Decisão Monocrática, RE 269.661/00, cit. (voto Min. rel. párr. 16º); 2ª turma, RHC 80.035/00, cit. (voto Min. rel. párr. 31º).

²⁵⁴ En la jurisprudencia del STJ, puede verse sentencia de la Corte Especial, RMS 3.623/SP, rel. Min. CLAUDIO SANTOS, rel. p/acórdão SALVIO DE FIGUEIREDO TEXEIRA, 07.08.96 (DJU 29.10.96; voto Min. B. de Souza párr. 9º). En la resolución el Tribunal aceptó la constitucionalidad de la prisión del depositario infiel en “alienação fiduciária”.

José constituía una verdadera limitación a los poderes del congreso para regular las cuestiones relativas a la prisión civil por deudas²⁵⁵.

Para el STF la referencia que hace la constitución, en su art. 5º, §2º, a los tratados sobre derechos humanos no es suficiente para otorgarles, en el ámbito del derecho brasileño, jerarquía constitucional o nivel parangonable²⁵⁶. Para la mayoría de la Corte este tipo de instrumentos internacionales tampoco tiene, por la sola circunstancia de su mención constitucional, ascendencia alguna sobre la legislación interna ordinaria²⁵⁷. Ello es así al punto de haberse considerado que el PSJCR, en virtud de su generalidad, no derogó con su ingreso al derecho brasileño las disposiciones anteriores que, a pesar de presentarse incompatibles, por su naturaleza de *lex specialis* permanecen vigentes²⁵⁸. No obstante, dicho posicionamiento no resulta ser una doctrina pacífica entre los miembros del tribunal²⁵⁹.

²⁵⁵ El magistrado mantuvo en su voto en el HC 74.383/MG que «[o] texto a que o Brasil se vinculou quando ratificou a convenção de São José da Costa Rica não tolera sequer a prisão do depositário infiel verdadeiro... [la constitución en el art. 5º, LXVII] [p]ermite, não obriga. O constituinte não diz: prenda-se o depositário infiel. Ele diz: é possível legislar nesse sentido [...] Ter-se-ai dito que, então, dado ao legislador ordinário o poder de optar entre permitir, ou não, a prisão do depositário infiel, o texto de São José da Costa Rica não poderia ter, a partir da sua vigência no Brasil, limitado o direito que tem o legislador ordinário de fazer sua escolha!... Mas afirmou-se: esse texto de São José da Costa Rica, ao proibir a prisão do depositário infiel, limita – e não poderia fazê-lo – a liberdade do nosso legislador ordinário. [...] Parece-me que o texto vincula, sim, o Brasil, em moldes perfeitamente conformes à Constituição da República, e que há que prestar-lhe a devida obediência, sob pena de nos declararmos em situação de ilícito internacional, porque nos obrigamos a fazer uma coisa e os tribunais fazem outra» (voto vencedor Min. F. Rezek párrs. 5º a 8º). En dicha decisión (sentencia STF, 2ª turma, HC 74.383/96, cit.) el STF hizo lugar al pedido de HC preventivo, con solicitud de medida cautelar, dirigido contra la resolución del Tribunal de Alçada Criminal del Estado de Minas Gerais, que confirmó, en grado de apelación, la sentencia de primera instancia contentiva de un auto de prisión.

²⁵⁶ Sentencia STF, Pleno, HC 76.561/98, cit. (voto Min. C. de Mello –mayoría– párrs. 15º y 16º); Decisão Monocrática, 78.375/99, cit. (voto Min. rel. párr. 15º); 2ª turma, RE 254.544/00, cit. (voto –vencedor– Min. rel. párrs. 15º y 16º); Decisão Monocrática, RE 269.661/00, cit. (voto Min. rel. párrs. 17º y 18º); 2ª turma, RHC 80.035/SC, rel. Min. CELSO MELLO, 21.11.00 (DJU 17.08.01; voto Min. rel. párrs. 32º y 33º).

²⁵⁷ Sentencia STF, Decisão Monocrática, HC 78.375/99, cit. (voto Min. rel. párr. 17º).

²⁵⁸ «HABEAS CORPUS. –Esta Corte, por seu Plenário (HC 72131), firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser **norma infraconstitucional geral**, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel» [sentencia STF, 1ª turma, HC 79.870/SP, rel. Min. MOREIRA ALVES, 16.05.00 (DJU 20.10.00; Min. rel. Nº 1, párrs. 1º y 3º. La negrita no está en el texto)]; en igual sentido sentencias STF, Decisão Monocrática, RE 267.707/00, cit. (voto Min. rel. párr. 8º); 1ª turma, RE 274.183/00, cit. (ementa párr. 1º, y voto Min. rel. párrs. 1º y 2º); 1ª turma, RE 253.071/GO, rel. Min. MOREIRA ALVES, 29.05.01 [DJU 29.06.01 pág. 61; voto Min. rel. Nº 1, acompañado por la turma; ver además ementa apart. 1º. Si bien en este caso el convenio invocado fue el PIDCP, el relator consideró que a este último le es aplicable la misma doctrina sentada respecto al PSJCR (voto Min. rel. Nº 2 párr. 2º). En este RE el STF casó el HC, concedido por la 1ª Cámara Criminal del Estado de Goiás contra el acto prisional de primera instancia].

En la jurisprudencia del STJ, ver sentencia 2ª turma, RHC 11.616/SP, rel. Min. FRANCIULLI NETTO, 04.09.02 (DJU 27.05.02 pág. 144; ementa párr. 2º, y voto Min. rel. párr. 21º. En este expediente el tribunal denegó un pedido de habeas corpus contra la orden de prisión civil decretada por la 1ª Cámara de Derecho

En lo que hace a la aplicabilidad y vigencia de estos tratados la respuesta dada por la Suprema Corte parecería divergir del sistema clásico de recepción de los acuerdos internacionales. Como se apuntó *ut supra* la combinación de los §§1º y 2º del art. 5º de la constitución hace presumir que la entrada en vigor en el ámbito interno operaría concomitantemente al momento en que ocurre en la esfera internacional. Ello significaría que los tratados sobre derechos fundamentales deben ejecutarse una vez cumplidos los trámites de aprobación (decreto legislativo) y ratificación (depósito), sin que sea requerido el decreto presidencial de promulgación. Algunos acuerdos del Superior Tribunal de Justicia parecen apuntalar esta conclusión: «*CONSTITUCIONAL. RECURSO DE “HABEAS CORPUS”. PRISÃO CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIARIA EM GARANTIA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 66, DA LEI N. 4.728/65, ALTERADO PELO DECRETO-LEI N. 911/69, EM FACE DO NOVO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL. ORDEM CONCEDIDA. [...] II- A Constituição Federal prevê a prisão civil por dívida em apenas dois casos: inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e depositário infiel (art. 5º, LXVII). No parágrafo 2º desse mesmo art. 5º, está dito que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Em 1991, foi incorporado em nosso ordenamento constitucional, pelo Decreto Legislativo*

Público del TJ de São Paulo, por incumplimiento de depósito, en el marco de una ejecución fiscal iniciada por la Hacienda estadual; el juez de primera instancia había denegado la solicitud prisional por aplicación de PSJCR y del PIDCP y la consiguiente inaplicación del art. 1.287 del código civil).

²⁵⁹ «II. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS: PREVALÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO QUE AFASTA A APLICABILIDADE DAS CLÁUSULAS CONVENCIONAIS ANTINÔMICAS... [...] 3. Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento –majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480)– que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias» [sentencias STF, Pleno, RHC 79.785/00, cit. (ementa); Decisão Monocrática, RHC 79.785/00, cit. (voto Min. rel. párr. 12º)]. El ministro relator dejó planteado –en su dictamen del 29 de marzo de 2000– que de equiparse los tratados sobre derechos humanos a las leyes ordinarias ello tendría como resultado vaciar de contenido al art. 5º, §2º, de la constitución: «[a]inda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim –aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (e.g., Memorial cit., ibidem, p. 43) e pela ilustrada Flávia Piovesan (A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratado Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, em E. Boucault e N. Araújo (organ.), Os Direitos Humanos e o Direito Internos) – a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes» [sentencia STF, Pleno, RHC 79.785/00, cit. (voto Min. rel. párrs. 37º y 38º)].

Así también otros magistrados del tribunal han proclamado que los derechos reconocidos en estos tratados, una vez celebrados y ratificados, «constituyen derechos fundamentales que la Constituição consagra» [sentencia STF, Pleno, ADIn MC 1.480/97 (voto vencido Min. C. Veloso punto V.2, ver a su vez puntos II, párrs. 7º y 8º y III, párr. 14º); igualmente, Pleno, HC 76.561/98, cit. (voto vencido del Min. rel. párr. 46º)].

Nº 226, de 12/12/91, texto do Pacto Internacional sobre Direitos Civis Políticos, que em seu art. 11 veda taxativamente a prisão civil por descumprimento de obrigação contratual»²⁶⁰.

Para concluir, cabe destacar que la jurisprudencia analizada refleja claramente la jerarquía que se reconoce a los tratados internacionales en el ordenamiento nacional, en cuyo vértice se ubica la constitución federal. Contra esta última no cabe oponer ninguna disposición internacional incompatible, tenga su origen en un tratado de corte clásico, o en un convenio de protección de los derechos humanos. Este razonamiento es aplicable, según la doctrina judicial, a pesar del tenor del art. 5º, §2º, de la carta magna. Los tratados, cualquiera sea su clase, serán aplicables en Brasil, en tanto y en cuanto, no infrinjan las disposiciones de la CF 1988.

b) La relación entre derecho internacional y normas de rango legislativo e inferiores

Si bien la vinculación normativa entre la constitución y los tratados presenta, desde la perspectiva de la jurisprudencia y de las disposiciones normativas, una solución precisa y al mismo tiempo pacífica, ello cambia cuando las reglas internas ha confrontar son de rango legislativo.

En principio cabe constatar que la constitución no contiene ninguna disposición que expresamente regule la situación de incompatibilidad entre una ley y un tratado, en especial cuando ésta es posterior. No obstante, dicha laguna se disipa si se parte de una hermenéutica que, lejos de aceptar la superficialidad de una investigación sobre normas explícitas, conjugue todo el orden constitucional.

i) Las etapas en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal de Justicia

La doctrina suele dividir la jurisprudencia del Supremo Tribunal, en materia de relación jerárquica entre tratado y ley, en dos etapas diferentes.

(a) La primera, que abarca hasta la mitad del siglo pasado²⁶¹, aunque como se verá se extendió unos años más, estuvo signada por el entendimiento constante de la Alta jurisdicción que aceptaba la prevalencia de las disposiciones internacionales sobre las normas legislativas y otras del mismo rango, sean anteriores o

²⁶⁰ Sentencias STJ, 6ª turma, RHC 4.210/SP, rel. Min. PEDRO ACIOLI, rel. p/acórdão Min. ADHEMAR MACIEL, 29.05.95 (DJU 26.02.96 pág. 4085; ementa. La negrita fue adicionada); 6ª turma, HC 3.545/DF, rel. Min. ADHEMAR MACIEL, 10.10.95 (DJU 18.12.95 pág. 44.620; ementa y voto Min. rel. párr. 1º).

²⁶¹ Como informa P. Azevedo hasta 1945 (año de publicación de su artículo) la unanimidad de los ministros del STF sostenían que los tratados primaban sobre las leyes, aún sobre aquellas que les fueran posteriores (AZEVEDO, Philadelpho, "Os tratados e os interesses...", cit., págs. 28 a 29).

posteriores, en los casos en que ambos órdenes jurídicos resultaren irreconciliables en base a toda interpretación armonizadora.

(b) Por el contrario, el período siguiente, principalmente a partir de fines de 1970, consolidó una jurisprudencia que mantuvo la primacía de los tratados internacionales sólo en el confornte con leyes nacionales anteriores, pudiendo éstas cuando fueran posteriores prevalecer a su vez sobre aquéllos. La base de esta doctrina partió de considerar a ambos tipos de normas, leyes y tratados, en una misma posición jerárquica, aplicándose en las hipótesis de conflicto el principio de *lex posteriori derogat priori*.

(a) Durante los primeros años del siglo pasado la Suprema Corte estuvo influenciada, en la cuestión bajo análisis, por el pensamiento de un importante jurista que llegó a ser ministro del STF y luego juez de la Corte Internacional de Justicia: Philadelpho Azevedo.

En el transcurso de este período la Corte mantuvo sin condicionamientos la posición de primacía de los tratados internacionales en el derecho brasileño, una vez que entraran en vigor. Esta preeminencia se aplicaba frente a normas de rango legal que pudieran contrariar lo establecido en los convenios a los cuales el Estado había prestado su consentimiento.

Entre los primeros acuerdos en los que se afirmó la primacía del derecho internacional –sin contar los procesos de extradición de las primeras décadas de 1900– deben citarse los procesos que versaron sobre convenios de naturaleza comercial. Así en la AC 9.587/DF el Supremo Tribunal aplicó el Tratado de Comercio entre Brasil y los Estados Unidos, promulgado por decreto 542/1935 (24.12.35) y el Acuerdo Comercial Provisorio entre Brasil e Inglaterra (1936), por sobre las disposiciones del decreto-lei 7.404/1945 (22.03.45)²⁶². En su voto conductor el Min. rel. Lafayette de Andrada consideró que «*as leis posteriores que alteram a vigorante naquela oportunidade ficam sema aplicação nos produtos importados nos paizes signatários dessa convenção*»²⁶³.

La posición que se defendió en la Corte no era la **preeminencia** absoluta de los **acuerdos internacionales sobre** las normas de rango legal, sino que aquellos tendrían vigencia frente a una **ley posterior** siempre y cuando ésta no proceda a denunciarlo o se refiera explícitamente a ellos disponiendo en forma contraria²⁶⁴.

²⁶² Sentencia STF, 2ª turma, AC 9.587/DF –“*União Federal c/Cía. Radio Internacional do Brazil*”–, rel. Min. LAFAYETTE DE ANDRADA, 21.08.1951 (DJU 18.10.51; voto Min. rel. párrs. 2º a 12º).

²⁶³ Sentencia STF, 2ª turma, AC 9.587/51, cit. (voto Min. rel. párr. 6º).

²⁶⁴ «*TRATADO INTERNACIONAL. Sua força quanto as Leis que regulam os casos nele estabelecidos. So por Leis que a ele se refiram expressamente, pode ser revogado. Imposto. Como deve ser cobrado*» [sentencia STF, 2ª turma, AC 9.587/51, cit. (ementa y votos del Min. rel. párrs. 11º y 12º, y del Min. M. Guimarães párrs. 2º y 3º). En la misma dirección, sentencias STF, 2ª turma, AC 9.598/RG, rel. Min. BARROS BARRETO,

La doctrina del tribunal se apoyó sobre tres pilares: (i) en primer lugar, tuvo en cuenta que el tratado configuraba una norma *especial* frente a las leyes internas que eran consideradas como disposiciones generales. La naturaleza particular de los convenios externos los hacía inmune a las leyes, toda vez que una norma especial no puede resultar afectada por una posterior de alcance general²⁶⁵. (ii) El segundo fundamento radicó en la estructura contractual (bilateral o multilateral) de las normas convencionales internacionales²⁶⁶. (iii) Por último, la aplicación del principio consuetudinario del derecho internacional, cual es la imposibilidad que tiene un Estado para incumplir un tratado alegando una norma interna, establecido en el art. 10 de la Convención de La Habana, vigente para Brasil²⁶⁷.

rel. p/acordão Min. RIBEIRO DA COSTA, 24.09.1953 [DJU 07.03.55 pág. 899; ementa «*Isenção fiscal inerente a tratado de comércio e navegação firmado entre o Brasil e a República do Uruguai. Cláusula de isenção ampla, irrestrita. Interpretação. Sentença confirmada.*», y voto Min. R. da Costa párr. 1º. Las disposiciones en conflicto eran el Tratado de Comercio y Navegación entre Brasil y Uruguay (de 28 de mayo de 1933, promulgado por decreto 23.710/1934, de 09.01.34), y el decreto-lei 300/1938 (de 24.02.38) y el decreto 24.577/1934 (de 06.07.34)]; Pleno, RE 71.154/71, cit. (voto Min. rel. párr. 13º).

- ²⁶⁵ «*TRATADO INTERNACIONAL SOBRE MATERIA FISCAL. Tratado e Lei especial, cuja aplicação não deve ficar subordinada a lei geral de cada país, se, precisamente, teve por objeto a exclusão dessa lei*»: sentencia STF, 2ª turma, EAC 9.583/RS –“*Fazenda Nacional c/Carlos Martí e outros*”–, rel. Min. LAFAYETTE DE ANDRADA, 22.06.1950 [Revista Forense vol. 138, 1951, Río de Janeiro, pág. 118; ementa, también voto Min. rel. párrs. 2º a 4º. En el expediente estaba en juego la vigencia de los arts. XIV y XV del Tratado de Comercio Brasil-Uruguay, citado, por los que se eximía del pago de la tasa aduanera adicional del 10% y se establecía que las importaciones serían hechas “completamente libres de derechos aduaneros”, por un lado, y los arts. 2º, VII, de la ley 2.524 (31.12.1911), y 1º de la ley 2.941 (31.12.1913), según los cuales la expresión libre de derechos o libre de derechos aduaneros consignadas en las leyes, decretos especiales o contratos, sólo comprendía los derechos aduaneros de importaciones para consumo)]. Ver igualmente, sentencias STF, 2ª turma, AC 9.587/51, cit. (voto Min. rel. párr. 8º); 2ª turma, AC 9.586/RS, rel. Min. EDGARD COSTA, 19.05.1953 (DJ U 14.04.54 pág. 4004; voto Min. L. de Andrada párr. 3º. Las disposiciones en pugna en esta ocasión eran los artículos antes mencionado del Tratado de Comercio Brasil-Uruguay, y la ley 72 (16.12.1937), el decreto 1.557/1937 (08.04.37), el decreto-lei 651/1938 (26.09.38) y el decreto-lei 3.445/1941 (21.07.41)].
- ²⁶⁶ «*A equiparação absoluta entre a lei e o tratado... evidente o desacerto de solução tão simplista [que una ley posterior deroga o inaplica un tratado], ante caráter convencional do tratado, qualquer que seja o categoria atribuída às regras de direito internacional...*»: sentencias STF, 2ª turma, AC 9.587/51, cit. (voto Min. rel. párr. 10º); 1ª turma, AC 9.593/RS, rel. Min. LUIZ GALLOTTI, 23.07.1953 (Arquivo Judiciário vol. 107, pág. 255; voto Min. M. Guimarães párrs. 5º a 8º); 2ª turma, RE 82.509/SP, rel. Min. MOREIRA ALVES, 10.02.1976 [Aud de Publ de 07.04.76; voto Min. rel. párr. 8º «*E, na interpretação do tratado-contrato (o que vários autores, como NERI, ..., entendem aplicável também aos tratados-leis ou tratados normativos), o que se leva em conta, sem restrições, é a vontade comum das partes contratantes, já que se trata de um negócio jurídico bilateral*»]; acompañado por la turma].

- Dicha naturaleza contractual demuestra, según Azevedo, el error de la teoría de la equiparación normativa entre los tratados y las leyes internas (AZEVEDO, Philadelpho, “Os tratados e os interesses...”, cit., pág. 19)
- ²⁶⁷ «*Na América, em geral, tem assim força vinculatória a regra de que um país não pôde modificar o tratado, sem acôrdo de demais contratantes; proclama-o até o artigo 10 da Convenção sobre Tratados, assinada na 6a. Conferência Americana da Havana, e entre nós promulgada pelo decreto 18.956 de 22 de outubro de 1929, embora não o havendo feito, até 1938, o Uruguai, também seu signatário*»: sentencia STF, 2ª turma, AC 9.587/51, cit. (voto Min. rel. párr. 10º). El magistrado relator hizo remisión expresa al voto del Min. P. Azevedo, emitido en la sentencia STF, 1ª turma, AC 7.872/RS, 11.10.1943 (Arquivo Judiciário vol. 69, 1944, págs. 13 a 25). En esta última decisión, también levantada con relación al Tratado de Comercio Brasil-Uruguay, el Min. Azevedo mantuvo que «*o tratado revoga as leis que le são anteriores: não pode, entretanto, ser revogado pelas posteriores, se estas não o fizem expressamente ou se não o denunciam*».

Como se observa la inderogabilidad de los acuerdos internacionales por las disposiciones nacionales que con posterioridad pudiera sancionar el congreso o el poder ejecutivo fue una doctrina pacíficamente aceptada por las distintas salas de la Corte Suprema²⁶⁸.

Otro ejemplo claro de esta jurisprudencia se extrae a partir de varias resoluciones que involucraron las normas del GATT. La cuestión litigiosa se estructuró del siguiente modo. El gobierno de Brasil dictó la ley 3.244 (14.08.1957) cuyo art. 78 impuso nuevas tarifas de derechos de importación, alterando las alícuotas vigentes —con las excepciones fijadas en su art. 73— establecidas en el decreto-lei 2.878/1940 (18.12.40), con las modificaciones del decreto 25.474/1948 (10.09.48), introducidas para dar ejecución a la ley 313 (30.07.1948) por la que se aprobó el GATT. La ley 3.244 se adoptó en virtud de la autorización otorgada por las Altas Partes Contratantes del GATT (APC-GATT), a través de la Decisión del 16 de noviembre de 1956²⁶⁹, en aplicación del art. XXV, V, letra “a”, del Acuerdo.

Si bien es cierto que la Corte no se refirió explícitamente al principio de primacía del derecho internacional, ello surge del marco de estos expedientes, en los que se consintió la aplicación prevalente del Tratado. En efecto, entre otros fundamentos, el STF mantuvo que Brasil podía modificar las tarifas respetando las *restricciones y condiciones* contenidas en la Decisión del GATT. A ello debe agregarse que las sentencias consideraron que en lo que hace a las relaciones con las APC-GATT, la alteración se rige por la autorización concedida por la Decisión del GATT²⁷⁰, mientras que cuando las mismas sean fijadas con respecto a Estados

²⁶⁸ Sentencias STF, 1ª turma, AC 9.593/53, cit. (ementa y voto Min. M. Guimarães párr. 8°); 2ª turma, AC 9.400/RG, rel. Min. HAHNEMANN GUIMARÃES, 10.11.1953 (DJU 09.08.54 pág. 2468; ementa); 2ª turma, AC 9.594/RS, rel. Min. AFRÂNIO ANTÔNIO DA COSTA, 26.10.1954 (Arquivo Judiciário vol. 116 pág. 135; ementa, ver también voto Min. Guimarães, párr. 1°); 2ª turma, AC 9.257/RG, rel. Min. ANTÔNIO VILLAS BOAS, 09.07.1957 (RTJ 2/428; ementa, y voto Min. rel.).

²⁶⁹ La Decisión fue publicada oficialmente por el GATT en enero 1957, y en Brasil en el DOU 31.01.1958 pág. 2055.

²⁷⁰ Todas las decisiones del STF hicieron mención a la circunstancia de que la ley en causa contó con la autorización del GATT para alterar la alícuota de los aranceles de importación: sentencias STF, Pleno, RMS 5.827/SP, rel. Min. LUIZ GALLOTTI, 01.09.1958 [Aud. de Publ. de 10.09.58; ementa: «*Tarifa aduaneira. Acôrdo geral (GATT) aprovado no Brasil pela lei n. 313, de 1948. Vigência imediata da nova lei de tarifa, uma vez que houve o pronunciamento, quer do órgão internacional, quer do órgão legislativo interno*», y voto Min. rel. párrs. 4° a 6°]; Pleno, RMS 5.799/SP, rel. Min. RIBEIRO DA COSTA, 24.09.1958 (Aud. de Publ. de 19.11.58; ementa y voto Min. rel. párrs. 2° a 4°); Pleno, RMS 5.803/SP, rel. Min. HENRIQUE D' AVILA, 24.09.1958 (Aud. de Publ. de 03.12.58; ementa, y voto Min. rel.); Pleno, RMS 5.804/SP, rel. Min. HENRIQUE D' AVILA, 24.09.1958 (Aud. de Publ. de 12.11.58; ementa, y voto Min. rel.); Pleno, RMS 5.805/SP, rel. Min. ARI FRANCO, 24.09.1958 (Aud. de Publ. de 01.04.59; ementa, y voto Min. rel.); Pleno, RMS 5.795/SP, rel. Min. AFRANIO COSTA, 01.10.1958 (Aud. de Publ. de 10.12.58; ementa y voto Min. rel. párrs. 1° y 3°); Pleno, RMS 5.796/SP, rel. Min. AFRANIO COSTA, 01.10.1958 (Aud. de Publ. de 10.12.58; ementa y voto Min. rel. párrs. 1° y 3°); Pleno, RMS 5.797/SP, rel. Min. LAFAYETTE DE ANDRADA, 01.10.1958 (Aud. de Publ. de 17.12.58; ementa y voto Min. rel. párr. 1°); Pleno, RMS 5.800/SP, rel. Min. LAFAYETTE DE ANDRADA, 01.10.1958 (Aud. de Publ. de 23.12.58; ementa y voto Min. rel. párrs. 1° y 2°); Pleno, RMS 5.826/SP, rel. Min. AFRANIO COSTA, 01.10.1958 (Aud. de Publ. de 10.12.58; ementa y voto Min. rel.

no partes en aquel convenio y con los que Brasil haya firmado acuerdos comerciales²⁷¹, era necesario proceder a la *denuncia* del respectivo tratado; tal cual ocurrió en ambos casos²⁷².

Esta jurisprudencia se prolongó también durante los años '60 y '70, por ejemplo con respecto a los acuerdos comerciales firmados con Estados extranjeros. Así es del caso mencionar el RE 56.825/SP en el cual la Suprema Corte reconoció la primacía del Tratado de Comercio entre Brasil, Uruguay y Checoslovaquia (1943), en concreto de la disposición que establecía la cláusula de nación más favorecida, sobre el art. 73 de la ley 3.244/1957²⁷³. En la misma dirección debe citarse el RE 84.768/SP, bajo el relato del ministro M. Alves²⁷⁴.

párrs. 1º y 3º); Pleno, RMS 5.795/SP, rel. Min. AFRANIO COSTA, 01.10.1958 (Aud. de Publ. de 10.12.58; ementa y voto Min. rel. párrs. 1º y 2º); Pleno, RMS 6.134, rel. Min. AFRANIO COSTA, 24.11.1958 (Aud. de Publ. de 28.01.59; ementa y voto Min. rel. párr. 1º); Pleno, RMS 6.293/SP, rel. Min. AFRANIO COSTA, 23.12.1958 (Aud. de Publ. de 06.05.59; ementa «*Acórdo internacional (GATT), a nova lei de Tarifas não é embaraçada pelo Acórdo em consequência ao novo entendimento internacional posterior*», y voto Min. rel.); Pleno, RMS 5.991/SP, rel. Min. HENRIQUE D'AVILA, 11.09.1959 (DJU 07.03.60 pág. 575; ementa, y voto Min. rel.); Pleno, RMS 6.238/SP, rel. Min. HENRIQUE D'AVILA, 11.11.1959 (DJU 07.03.60 pág. 575; ementa, y voto Min. rel.); Pleno, RMS 6.575/DF, rel. Min. HENRIQUE D'AVILA, 14.11.1959 (DJU 07.03.60 pág. 575; ementa, y voto Min. rel.); Pleno, MS (AgRg) 8.562/SP, rel. Min. ANTONIO VILLAS BOAS, 16.08.1961 (DJU 05.02.62; ementa).

En una resolución emitida interin las anteriores, la Corte pareció distanciarse de la doctrina de la prevalencia: «*Tratado comercial com o Gatt. Competência. Lei nº 3.244. Força das convenções internacionais. Cobertura cambial deferida tem amparo no que dispõe o art. 38, § 1º e art. 55 da Lei nº 3.244 de 14 de agosto de 1957. Ausência de direito líquido e certo para opor-se à cobrança do imposto de importação nas bases estipuladas na atual lei de tarifas que atinge o impetrante porque requereu e obteve o certificado de cobertura ja na vigência da referida lei*»: sentencia STF, Pleno, RMS 6.572/SP, rel. Min. CANDIDO LOBO, 27.04.1959 [Aud. de Publ. de 01.07.59; ementa; a su vez el Min. rel. complementó en su voto que «*conhecendo do recurso, nego-lhe provimento porque a sentença está conforme a lei, aplicando de imediato a nova lei de tarifas (Lei 3.244, de 14 de Agosto de 1957) [... que] emanou do Poder competente e por consequência obriga, desde sua promulgação a todos os que estão sujeitos à sua soberania, o que vale dizer exclue qualquer alegação referente a ser ou não infringente das convenções internacionais, mormente alegação feita pela via excepcional do mandado de segurança*» (párrs. 2º y 3º)].

²⁷¹ Ejemplos, Tratado de Comercio y Navegación entre Argentina y Brasil, firmado en Buenos Aires, el 23 de enero de 1940 (en vigor desde el 11 de noviembre de 1941, luego denunciado por Brasil el 12 de septiembre de 1957); y Acuerdo Comercial entre Brasil y los Estados Unidos de América, de 1935.

²⁷² Sentencia STF, Pleno, RMS 5.800/58, cit. (relatorio y voto Min. rel. párr. 1º). El Tratado de Comercio y Navegación con la Argentina fue denunciado por Brasil el 12 de septiembre de 1957.

²⁷³ Sentencia STF, 1ª turma, RE 56.825/SP, rel. Min. CÂNDIDO MOTTA, 25.04.1966 (DJU 21.09.66; ementa «*Restituição de indebito. Ele deve ser reconhecido quando não foi feito com base em lei ou tratado. A cláusula da nação mais favorecida. É competente o Supremo Tribunal para apreciar feitos decorrentes de tratados internacionais*», y voto Min. rel. párrs. 3º a 5º).

²⁷⁴ «*ICM. Em se tratando de produto importado a que se aplicam as vantagens assegurados pelo GATT, não se admite a cobrança de ICM pela sua entrada no estabelecimento do importador, se o similar nacional gozar de isenção desse tributo. Recurso extraordinário não conhecido.*»: sentencia STF, 2ª turma RE 84.768/SP, rel. Min. MOREIRA ALVES, 02.04.1976 (Aud. de Publ. 16.06.76; ementa y voto Min. rel. párr. 1º. El tribunal mantuvo la vigencia del inc. I, del art. III, parte II, del GATT, por sobre lo establecido en el decreto-lei 406/1968 (art. 1º, II, §§3º y 4º) y la ley 1.533/1951 (arts. 1º, 6º y 7º), que habían sido alegados por el Estado de São Paulo –recurrente–. La Corte no hizo a lugar el RE contra la sentencia de las instancias

La doctrina judicial hasta aquí recordada hacía relación sólo a los supuestos de conflicto entre las disposiciones de un tratado internacional y el derecho brasileño de rango legislativo posterior.

La situación inversa, es decir la hipótesis de un tratado que entra en vigor y resulta incompatible con normas legales internas sancionadas con anterioridad, también obtenía de la Corte Suprema la misma solución. En otras palabras, los acuerdos internacionales posteriores revocan las normas nacionales conflictivas. Ello ha sido suscripto por la doctrina especializada²⁷⁵.

Ejemplos sobre la aplicación de esta doctrina por el supremo tribunal nacional no faltan. En esta tendencia puede citarse el expediente “*União Federal c/Cía. Radio Internacional do Brazil*” (AC 9.587/51), en el cual a pesar de que el conflicto se suscitó por la sanción de normas internas posteriores, el relator no dejó pasar la oportunidad para considerar que «[s]em dúvida que o tratado revoga as leis que lhe são anteriores,...»²⁷⁶.

Un caso en el cual se expuso formalmente esta jurisprudencia surgió con la entrada en vigor en el derecho interno de la Convención sobre Letras de Cambio y Notas Promisorias (Ginebra, 1930). La antigua Ley Cambial 2.044 (01.12.1908) fijaba el plazo de prescripción para las acciones ejecutivas, basadas en títulos de la misma naturaleza, en 5 años, mientras que la Convención lo reducía a 3. El pleno del máximo tribunal resolvió que a partir de la vigencia interna de aquel acto internacional (1966) las acciones ejecutivas cambiales prescribían en el plazo que éste determinaba²⁷⁷. Esta posición fue luego confirmada, entre muchos, por los RREES 66.501/MT, 76.236/MG, RE 95.002/PR y RE 86.796/CE²⁷⁸. La única excepción a

anteriores que habían reconocido el derecho de una empresa a obtener la exención del pago del ICM por fuerza del GATT).

²⁷⁵ ANTUNES ROCHA, Cármen L., op. cit., pág. 32; BORGES, José A., “Mercosul...”, cit., pág. 45; OLIVEIRA, Regis Fernandes de, op. cit., págs. 242 a 243; PARAÍSO ROCHA, Roberto, op. cit., pág. 514; PEREIRA, Luis Cezar Ramos, op. cit., págs. 37 y 38; REZEK, José F., “Direito Internacional...”, cit., pág. 104; *del mismo autor*, “Direito dos...”, cit., pág. 463.

²⁷⁶ Sentencia STF, 2ª turma, AC 9.587/51, cit. (voto Min. rel. párr. 11º).

²⁷⁷ Sentencia STF, Pleno, RE 70.356/71, cit. (ementa, y voto Min. rel.); ver también, sentencia STF, Pleno, RE 71.154/71, cit. (ementa: «*LEI UNIFORME SOBRE O CHEQUE, ADOTADA PELA CONVENÇÃO DE GENEBRA. Aprovada essa Convenção pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas tem aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna. Recurso extraordinário conhecido e provido*», y voto Min. rel. párr. 13º).

Un antecedente puede ser visto en la sentencia STF, 2ª turma, RE 58.713/RS, rel. Min. HERMES LIMA, 30.09.1966 (RTJ 39/450; ementa). Las normas en juego eran las mismas que en el caso anterior. El recurrente alegó en el RE la violación por las instancias anteriores del art. 30 de la Ley Uniforme. El ministro relator, luego de declarar admisible el recurso, no hizo lugar al mismo entendiendo que el art. 30 de la Ley Uniforme no había sido contradicho por la ley 2.044 (voto Min. rel. párrs. 1º y 2º, acompañado por la turma).

²⁷⁸ Sentencias STF, 1ª turma, RE 66.501/MT, rel. Min. DJACI FALCÃO, 14.12.1971 (RTJ 62/69; ementa y voto Min. rel. párrs. 2º y 3º); Pleno, RE 76.236/73, cit. (ementa, y voto Min. rel. N° I, párrs. 5º y 6º); 1ª turma, RE 95.002/PR, rel. Min. SOARES MUÑOZ, 15.09.1981 (RTJ 103/779; ementa, así también votos Min. rel. párr.

esta primacía se encuentra en los supuestos en los que el Estado nacional haya hecho reservas a determinadas disposiciones del tratado, en cuyo caso la aplicación beneficiará a la norma interna²⁷⁹.

El comienzo de la segunda etapa (b) en la jurisprudencia del *excelso Pretório* se da —oficialmente— el 1º de junio de 1977 (RE 80.004/SE). A partir de este momento la Corte brasileña torcerá su consolidada doctrina acerca de la supremacía legal de los acuerdos internacionales para adoptar en forma definitiva hasta el presente, con algunas excepciones, el **criterio de la equivalencia normativa**, y por consiguiente la aplicación del **principio de temporalidad**, a cuyo tenor en los casos de incompatibilidad la vigencia debe asegurarse a la disposición dictada en último término, aún cuando ello signifique violar un tratado previamente aprobado y ratificado.

Anteriormente el tribunal había adelantado la modificación de su doctrina a través de votos individuales y de opiniones disidentes de sus magistrados.

En el mencionado precedente del 17 de mayo de 1968 (CJ 4.663/SP) el relator manifestó, en referencia a la Ley Uniforme de Ginebra y con cita expresa de H. Candiota Campos, que «... “[...] o direito entrado pela via da recepção do tratado está no mesmo plano de igualdade que o internamente elaborado, não sendo superior a éste. Nossa Constituição não contém norma expressa de predominância do direito internacional, como a francesa. Admiti-la, seria, como declara Bernard Schwartz, dar à convenção, não fôrça de lei, mas de restrição constitucional, e isso só a propria Constituição poderia estabelecer”»²⁸⁰.

En el RE 86.796/CE resuelto el 19 de abril de 1977, es decir pocos días antes que el RE 80.004/SE, también resultó implícita la afirmación de los principios de la equivalencia y de la *lex posteriori*²⁸¹.

5º y Min. C. Ramatlhe); 2ª turma, RE 86.796/CE, rel. Min. MOREIRA ALVES, 19.04.1977 (DJU 03.06.77; ementa y voto Min. rel. párr. 3º).

²⁷⁹ La jurisprudencia en este sentido también se vincula a la Ley Uniforme en materia de cheques. Frente a las disposiciones de la citada Convención, las normas internas (arts. 4º y 5º del decreto 5.591/1912, modificado por la ley 2.919/1914 -31.12.14-, art. 3º, §9º, ratificado por el decreto 22.924/1933 -12.07.33-) establecían que el plazo para la presentación de los cheques para su cobro era de 30 días. Habiendo sido objeto de reservas las disposiciones de la Ley ginebrina que serían pertinentes para el caso, el STF dio aplicación preferente las prescripciones del derecho brasileño, declarando que el ejecutante que no hubiera presentado el cheque para el cobro dentro del término mencionado perdía la vía ejecutiva, salvo cuando la misma sea dirigida contra el emitente o su avalista [sentencias STF, 1ª turma, RE 69.873/71, cit. (ementa); 1ª turma, RE 74.613/73, cit. (ementa y voto Min. rel. párr. 2º); 2ª turma, RE 80.856/SP, rel. Min. CORDEIRO GUERRA, 11.04.1975 (RTJ 74/298); Pleno, emb. em RE 80.856/SP, rel. Min. BILAC PINTO, 08.10.1975 (DJU 05.12.75; ementa y voto Min. rel. párrs. 3º y 4º); 2ª turma, RE 81.704/RJ, rel. Min. CORDEIRO GUERRA, 12.09.1975 (RTJ 76/637; ementa y voto Min. rel. párrs. 7º a 10º); 2ª turma, RE 82583/SP, rel. Min. THOMPSON FLORES, 17.02.1976 (RTJ 85/901; ementa, y voto del Min. C. Guerra párrs. 5º a 9º, voto reconsiderado del Min. relator N° II y III, y voto rectificado del Min. M. Alves).

²⁸⁰ Sentencia STF, 3ª turma, CJ 4.663/68, cit. (voto Min. rel. párr. 3º).

²⁸¹ Según consta en el párrafo cuarto de la sentencia recurrida, labrada por la 1ª Cámara Civil del Tribunal de Justicia del Estado de Ceará, el actor, al contestar el argumento de la ausencia de acción ejecutiva de la nota

El conocido RE 80.004 tuvo como contexto normativo la regulación de los títulos ejecutivos por la legislación interna y la Ley Uniforme de Ginebra. La cuestión de fondo se suscitó al sancionarse en Brasil el decreto-lei 427/69 que instituyó el registro obligatorio de las notas promisorias y letras de cambio en el Ministerio de Hacienda a los fines de su control fiscal. El punto en debate era las consecuencias que se derivaban de la falta de registro. Existían dos posiciones, una que se inclinaba por reconocer que de acuerdo a la finalidad perseguida por la norma interna y teniendo en vista que la Ley Uniforme establece un número cerrado de causales de ineficacia para los instrumentos a los que se les aplica, la afectación de las garantías inherentes a éstos, conlleva en definitiva la transgresión de las disposiciones del convenio ginebrino y con ello el incumplimiento del Estado de un tratado internacional. En la tesis contraria se sostenía que la ausencia de cualquier clase de sanción para los tenedores de títulos que hayan omitido el registro quitaba al sistema de toda efectividad, por lo que la pena que debía imponerse era la “caída” del instrumento cambial, bien sea a través de su nulidad, anulación o la pérdida de su naturaleza como tal y con ello la ausencia de la vía ejecutiva para su cobro judicial; esto era mantenido aún a costa de las disposiciones de la Convención de Ginebra. La Corte brasileña debía decidir, en definitiva, si era posible modificar los términos de dicho convenio (nueva causal de nulidad), en virtud de una disposición nacional posterior en el tiempo²⁸².

promisoria en virtud de su falta de registro (en la Receita Federal), según lo ordenaba el decreto-lei 427/1969 (22.01.69), manifestó que la misma norma, en su art. 2º, II, §4º, dispensaba de tal formalidad a los títulos emitidos como garantía de pago de una transacción de compra y venta de servicios, como lo era el examinado en el *sub judice*. En su voto conductor el ministro relator consideró que *«conheço do recurso pelo dissídio de jurisprudência, mas lhe nego provimento, assegurando, porém, à recorrente o direito de, preenchidos os claros da nota promissória em causa, e comprovada a ocorrência da hipótese prevista no inciso II do parágrafo 4º do artigo 2º do Decreto-lei 427/69, propor nova execução, com base no mesmo título, desde que não ocorrida a prescrição»*. El magistrado aceptó de esta manera que la nota promisorias era válida sólo si se acreditaba, ante la falta de registro, que la misma resultaba cobijada por las excepciones a dicha formalidad; caso contrario, carecería de efecto y no sería susceptible de justificar la vía ejecutiva para su cobro. En definitiva, se convalidó una nueva causal de nulidad de estos títulos, distinta de las reguladas en la Convención de Ginebra, como lo es la ausencia de registro, establecida en una norma nacional posterior al tratado. Ver sentencia STF, 2ª turma, RE 86.796/77, cit. (relatorio párr. 1º, con transcripción de la sentencia recurrida y voto Min. rel. párrs. 2º y 3º).

²⁸² Algunos precedentes anteriores de la Corte fueron abonando el terreno para llegar al RE 80.004. Así por ejemplo, en el fallo del 24 de agosto de 1971, se trató la cuestión de una nota promisorias, vencida antes de la entrada en vigor del decreto-lei 427/69, cuyos endosos también habían sido efectuados antes de dicha vigencia. Intentada la vía ejecutiva para el cobro de la nota, el *a quo* desestimó la pretensión debido a que el segundo de los endosos no había sido registrado tal como resultaba del art. 4º del decreto 64.156/1969 (04.03.69; que reglamentó los artículos del decreto-lei 427/69 sobre el registro de los endosos hechos en notas promisorias y letras de cambio). Al admitir el RE, interpuesto por el accionante/ejecutante, el STF consideró que si se ha dado cumplimiento al art. 2º del decreto 64.156/69 (que establecía que los endosos vigentes al tiempo de su entrada en vigor tendrían que ser registrados dentro de los 60 días siguientes) no puede invalidarse un endoso por falta del segundo registro, pues el realizado dentro del plazo oficializó todos los endosos contenidos en el instrumento a esa fecha [sentencia STF, 1ª turma, RE 72.280/SP, rel. Min. OSWALDO TRIGUEIRO, 24.08.1971 (RTJ 59/57; ementa)].

Las posiciones adoptadas en los intensos debates que se desarrollaron durante la elaboración de la sentencia definitiva²⁸³ pueden ser divididas en tres tesis: por un lado, aquellos magistrados que defendieron la vigencia de la jurisprudencia del tribunal en cuanto a la primacía del derecho internacional sobre la legislación infraconstitucional (*i*), por el otro, los ministros que propugnaron por el apartamiento de la línea de los precedentes (*ii*), y por último, la opinión de aquellos jueces que si bien expusieron un razonamiento que se desprende del anterior, se diferenciaron sin embargo en cuanto a sus consecuencias (*iii*).

La doctrina de la preeminencia del derecho internacional y la consecuente incompetencia del congreso para dictar normas incompatibles fue sustentada, en particular por el relator Min. Xavier de Albuquerque (*i*); también mantuvo tal primacía el Min. Eloy da Rocha, aunque en el caso concreto entendió que no existía conflicto entre las disposiciones de la Convención y las del decreto-lei 427²⁸⁴.

Para fundamentar su posición el ministro relator hizo valer, luego de rememorar la doctrina consolidada del tribunal desde comienzos de siglo y la opinión de la doctrina especializada, que las normas provenientes de un tratado internacio-

En el RE 76.346/SP, interpuesto contra la sentencia que negó la vía ejecutiva a todas las notas promisorias ejecutadas (catorce registradas y una sin registro) por ausencia de registración, el STF hizo lugar al RE y concedió la acción ejecutiva a las notas que habían cumplido con la formalidad, pero la negó respecto de la restante [sentencia STF, 1ª turma, RE 76.346/SP, rel. Min. RODRIGUES ALCKMIN, 07.08.1973 (RTJ 66/930; ementa y voto Min. rel. párrs. 3º a 8º)].

También en el marco de un RE (Nº 81.996/SP) la sala segunda del tribunal, haciendo a lugar a la apelación, confirmó la sentencia del juez de primera instancia (reformada por el tribunal de justicia local/SP) que negó la acción ejecutiva para el cobro de varias notas promisorias en blanco (formalidad permitida por la Ley Uniforme de Ginebra), en razón de la ausencia de su registro en el Ministerio de Hacienda dentro del plazo de 15 días determinado en el decreto-lei 427/69 [sentencia STF, 2ª turma, 81.996/SP, rel. Min. CORDEIRO GUERRA, 09.04.1976 (RTJ 77/942); en igual sentido, 2ª turma, RE 82.042/RJ, rel. Min. THOMPSON FLORES, 27.04.1976 (RTJ 82/530)].

Por último, en la impugnación extraordinaria 84.372/RJ el Alto tribunal hizo lugar al recurso, interpuesto por el deudor/endorsante, contra la sentencia de segunda instancia, confirmatoria a su vez de la decisión del juez federal que había mantenido que la falta de registro del endoso de una nota promisorio, fijado por el art. 4º del decreto 64.156/69, no podía acarrear –tal como la norma lo establecía– la pérdida para el endosatario de la vía ejecutiva. Al revocar la sentencia, el STF reconoció que la ausencia del registro del endoso inhibe la acción ejecutiva. En su voto el ministro relator consideró que «[n]ão influi no pormenor agora discutido a Convenção de Genebra que uniforizou as regras que dispõem sobre promissórias e letra de câmbio, pois numa de suas componentes essa Convenção ressaltou o direito de cada uma das Altas Partes Contratantes editar normas referente ao imposto que incida nesses títulos» [sentencia STF, 1ª turma, RE 84.372/RJ, rel. Min. BILAC PINTO, 24.09.1976 (RTJ 83/194; voto Min. rel. párr. 15º y ementa)].

²⁸³ La discusión, más allá de resultar de los votos de los ministros, se constata, además, por la ocurrencia de los siguientes hechos: decisión adoptada por mayoría; voto vencido del ministro relator, lo cual no es una constante; todos los ministros dejaron explícita su posición; y, tal como lo ha destacado la doctrina, el largo período en el que el expediente estuvo siendo objeto de debate. Ello demuestra que lejos de constituir una doctrina pacífica, la tesis apoyada por la mayoría no logró un consenso tal que pueda llevar a considerarla definitivamente consolidada.

²⁸⁴ Sentencia STF, Pleno, RE 80.004/77, cit. (voto Min. Eloy da Rocha párrs. 3º y 5º, respectivamente).

nal disponen de su propia y autónoma vía de revocación o nulificación, cual es la denuncia, por lo cual una norma de esta naturaleza únicamente puede ser dejada sin efecto por una regla de igual jerarquía, internacional o supranacional²⁸⁵. A su vez, también trajo en su auxilio el art. 98 del Código Tributario Nacional (CTN)²⁸⁶ que demuestra, en su opinión, que «[o] *princípio* [primacía], *de resto, teve consagração legislativa*»²⁸⁷.

La tesis opuesta fue impulsada a partir del voto del relator para el acuerdo, Min. Cunha Peixoto (ii), al que adhirieron varios otros ministros. El eje de su dictamen se estructuró en base a la consideración igualitaria respecto de la jerarquía normativa que beneficia a ambos órdenes de normas, internas e internacionales. Para ello, el juez del Supremo consideró: (a) que de reconocerse primacía al tratado ello significaría transformar la ley que lo aprueba en una especie de «*super lei, em situação superior à própria Constituição Brasileira*»²⁸⁸; (b) que una ley que provenga del congreso de la nación sólo podría ser interrumpida en su vigencia por ofender el texto de la constitución y en esta última no existe disposición alguna «*que declare irrevogável una lei positiva brasileira pelo fato de ter sua origem em un Tratado*»²⁸⁹, y (c) que en ningún lugar la constitución nacional dispone que ratificado un tratado el parlamento esté inhibido de legislar, aún en sentido diverso del instrumento internacional²⁹⁰. En concordancia otros magistrados agregaron (d) que, eventualmente, y a contrario de lo que sucede en el presente caso, es la constitución a quien compete en exclusiva la facultad de reconocer el primado de un tratado sobre una ley posterior²⁹¹, y (e) que al no existir en la carta fundamental norma expresa sobre dicha primacía, aceptarla conlleva una restricción constitucional que sólo su texto expreso podría establecer²⁹². En definitiva, según el principio de la igualdad de rango cabe dar observancia a la disposición última en el tiempo²⁹³.

Los mismos jueces respondieron a varios argumentos del voto del relator originario. En primer lugar, lo relativo a la denuncia como único mecanismo para

²⁸⁵ Sentencia STF, Pleno, RE 80.004/77, cit. (primer voto vencido Min. rel. párrs. 4º a 7º y 9º).

²⁸⁶ Código Tributario Nacional (Ley 5.172, 25.10.1966, DOU 31.10.66 y 09.12.66), art. 98 “Los tratados y las convenciones internacionales revocan o modifican la legislación tributaria interna, y serán observados por la que les sobrevenga”.

²⁸⁷ Sentencia STF, Pleno, RE 80.004/77, cit. (primer voto vencido Min. rel. párr. 8º).

²⁸⁸ Sentencia STF, Pleno, RE 80.004/77, cit. (primer voto vencedor Min. Cunha Peixoto Nº 7 párr. 2º).

²⁸⁹ Sentencia STF, Pleno, RE 80.004/77, cit. (primer voto vencedor Min. Cunha Peixoto Nº 7 párr. 4º).

²⁹⁰ Sentencia STF, Pleno, RE 80.004/77, cit. (primer voto vencedor Min. Cunha Peixoto Nº 7 párrs. 3º y 4º; en sentido similar voto Min. C. Thompson Flores Nº II.2 párrs. 6º y 7º).

²⁹¹ Sentencia STF, Pleno, RE 80.004/77, cit. (votos de los Mins. Rodrigues Alckmin Nº 6 párr. 7º y C. Thompson Flores Nº II.2 párr. 4º).

²⁹² Sentencia STF, Pleno, RE 80.004/77, cit. (primer voto Min. Cordeiro Guerra párr. 18º).

²⁹³ Sentencia STF, Pleno, RE 80.004/77, cit. (primer voto Min. Cunha Peixoto Nº 7 párrs. 1º y 3º a 9º; primer voto Min. Cordeiro Guerra párrs. 14º, 15º a 22º y 23º, y voto Min. C. Thompson Flores Nº II.2 párr. 8º).

nulificar un tratado; para ello recordaron que de aceptarse tal extremo no se entendería como el STF podría negar validez a un acuerdo internacional en un supuesto de control de constitucionalidad negativo²⁹⁴. La carta política coloca ambos tipos de normas (tratado y ley) en pie de igualdad en lo que hace a la posibilidad de su control de constitucionalidad por la Suprema Corte²⁹⁵. No obstante, la respuesta más rotunda hizo relación al art. 98 del CTN. La posición mayoritaria del STF afirmó que esta disposición no constituye una base suficiente para mantener la preeminencia del derecho internacional por las razones siguientes: (a) porque la norma, al hablar de “tratados” y “convenciones”, tiene en mira que los tratados pueden ser “normativos” o “contractuales”²⁹⁶; únicamente respecto de estos últimos «*o art. 98 declara que tratado ou convenção não é revogado por lei tributária interna. É que se trata de um contrato, que deve ser respeitado pelas partes*»²⁹⁷; (b) porque su compatibilidad con la constitución es “dudosa”²⁹⁸, de allí que derivar de su texto el principio de irrevocabilidad de los tratados por la legislación sobreviniente «*sob pena de inconstitucionalidade deve ser compreendido como limitado aos acordos contratuais de tarifas, durante a vigência destes*»²⁹⁹; (c) por tales fundamentos la aplicación de dicho artículo está reservada exclusivamente a la materia tributaria³⁰⁰.

Finalmente, la opinión intermedia fue defendida por el Min. Leitão de Abreu (iii). En su parecer rechazó la existencia de una estricta igualdad normativa entre los tratados y las leyes y con ello la aplicabilidad de la máxima de la *lex posteriori*, al mismo tiempo desechó también el reconocimiento de cualquier clase de primacía respecto de las normas internacionales. Tanto la ley como el tratado son fuentes jurídicas diferentes y autónomas; por ello no es posible aceptar que una ley dictada luego de la entrada en vigor de un acuerdo externo pueda aparejar la «*suplantação del tratado*» toda vez que esto «*exigiría norma constitucional*», la que no existe en el texto fundamental³⁰¹. Un tratado al tener su propia forma de

²⁹⁴ Sentencia STF, Pleno, RE 80.004/77, cit. (primer voto Min. Cordeiro Guerra párrs. 23° a 24°).

²⁹⁵ Sentencia STF, Pleno, RE 80.004/77, cit. (primer voto Min. Cordeiro Guerra párr. 22°).

²⁹⁶ «*Isto, porque os tratados podem ser normativos, ou contratuais. Os primeiros traçam regras sobre pontos de interesse geral, empenhando o futuro pela admissão de princípio abstrato, no dizer de Tito Fulgêncio. Contratuais são acordos entre governantes acerca de qualquer assunto. O contratual, é, pois, título de direito subjetivo*» [sentencia STF, Pleno, RE 80.004/77, cit. (primer voto Min. Cunha Peixoto N° 8 párr. 2°)].

²⁹⁷ Sentencia STF, Pleno, RE 80.004/77, cit. (primer voto Min. Cunha Peixoto N° 8 párr. 3°, ver también N° 9 párr. 2°).

²⁹⁸ Sentencia STF, Pleno, RE 80.004/77, cit. (primer voto Min. Cunha Peixoto N° 9 párr. 1°).

²⁹⁹ Sentencia STF, Pleno, RE 80.004/77, cit. (voto Min. Cordeiro Guerra párr. 25°).

³⁰⁰ Sentencia STF, Pleno, RE 80.004/77, cit. (voto Min. Rodrigues Alckmin N° 6 párr. 3°). Consecuentemente, la doctrina que resulta del RE 80.004/SE no es aplicable a supuestos regulados por el art. 98 CTN [sentencias STF, 1ª turma, RE 109.817/86, cit. (voto Min. rel. párrs. 8° y 9°, acompañado por la sala); 1ª turma, RE 113.759/87, cit. (voto Min. rel. párr. 5°, acompañado por la sala)].

³⁰¹ Sentencia STF, Pleno, RE 80.004/77, cit. (primer voto Min. Leitão de Abreu N° 5 párrs. 3° y 4°).

revocación (la denuncia u otra norma internacional igual o superior) no es susceptible de ser anulado por una disposición interna de rango legal³⁰².

Ante la ausencia de reglas jurídicas internas que reconozcan la primacía de un tratado sobre una ley³⁰³ la conclusión que se impone «*é que os tribunais estão obrigados, ..., a aplicar as leis incirminadas de incompatibilidade com tratado*». Este razonamiento, no obstante, no lleva necesariamente «*admitir que a lei posterior ao tratado e como ele incompatível reveste eficácia revogatória deste*», ni, al mismo tiempo, la vigencia del principio de la sucesión normativa. La tesis que enunció es que «*não revogado pela lei, que o contradiga, a incidência das normas jurídicas constantes do tratado é obstada pela aplicação, que os tribunais são obrigados a fazer, das normas legais como aqueles conflitantes. Logo, a lei postrior, em tal caso, não revoga, em sentido técnico, o tratado, senão que le afasta a aplicação*»³⁰⁴. El punto que lo separa de la doctrina judicial antes reseñada, según el Min. Abreu, es que «*se a lei revogasse o tratado, este não voltaria a aplicar-se, na parte revogada, ... Mas como, ..., a lei não o revoga, más simplesmente 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 consubstanciadas*».

El mismo magistrado aprovechó para responder al argumento de la igualdad normativa entre el tratado y la ley a partir de la posibilidad del examen de constitucionalidad, haciendo valer que lejos de fundar la paridad, viene a significar sólo que ambos se sitúan jerárquicamente debajo de la constitución³⁰⁵.

En definitiva, el acuerdo comentado quedó sumariado del modo que sigue: «*CONVENÇÃO DE GENEBRA, LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CAMBIO E NOTAS PROMISSORIAS – AVAL APOSTO A NOTA PROMISSORIA NÃO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE DE SER O AVALISTA ACIONADO – MESMO PELAS VIAS ORDINARIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI N° 427, DE 22.01.1969. Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei*

³⁰² Sentencia STF, Pleno, RE 80.004/77, cit. (primer voto Min. Leitão de Abreu N° 5 párrs. 3° a 6°, y segundo voto del mismo ministro párr. 4°).

³⁰³ En los supuestos de incompatibilidad, agregó el ministro Abreu, «*a Constituição não atribui ao judiciário competência, seja para negar aplicação a leis que contradigam tratado internacional, seja para anular, no mesmo caso, tais leis*» [sentencia STF, Pleno, RE 80.004/77, cit. (primer voto Min. Leitão de Abreu N° 5 párr. 6°)]

³⁰⁴ Sentencia STF, Pleno, RE 80.004/77, cit. (primer voto Min. Leitão de Abreu N° 5 párr. 6°). También el STJ ha adherido a esta orientación [sentencias STJ, 3ª turma, REsp 58.736/MG, rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, 13.12.95 (DJU 29.04.96; voto Min. rel. párr. 3°, aceptado por la sala); 3ª turma, REsp 154.943/DF, rel. Min. NILSON NAVES, 04.04.00 (DJU 28.08.00; voto Min. Costa Leite párr. 7°); 3ª turma, REsp 169.000/RJ, rel. Min. PAULO COSTA LEITE, 04.04.00 (DJU 14.08.00; ementa)].

³⁰⁵ Sentencia STF, Pleno, RE 80.004/77, cit. (primer voto Min. Leitão de Abreu N° 5 párr. 3°).

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 Dec.-lei n° 427/69, que institui o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi apostado. Recurso extraordinário conhecido e provido».

No fue ajeno al pensamiento de los jueces de la Suprema Corte que impusieron su posición el hecho de que esta jurisprudencia podía generar la responsabilidad internacional del Estado, por la infracción a un tratado. Sin embargo, según los mismos jueces esta cuestión «*será de direito internacional e não de direito interno*»³⁰⁶, y dicha «*circunstância [responsabilidad internacional] é insuficiente para estabelecê-la*» (supremacía de un tratado sobre una ley posterior)³⁰⁷.

En la práctica, como lo demuestra Dollinger, la solución que se impuso fue la propiciada por el Min. Abreu puesto que el STF, una vez derogado el decreto-lei 427/69 por el decreto-lei 1.700/79 continuó aplicando la Convención de Ginebra³⁰⁸.

La doctrina posterior del Supremo ha venido a confirmar la jurisprudencia sentada en el RE 80.004³⁰⁹. Para la Corte resulta innegable la paridad de rango entre los tratados y las leyes internas, estando siempre latente, no sólo la posibilidad de que el congreso (contrariando su previo acto de aprobación) legisle explícitamente de manera diferente, sino también que aún ante la ausencia de voluntad violatoria del legislador sea el poder judicial quien termine por aplicar una interpretación irreconciliable con los acuerdos internacionales. Ello así toda vez que el juez interno, según el STF, es el garante inexcusable de la última expresión del congreso³¹⁰.

³⁰⁶ Sentencia STF, Pleno, RE 80.004/77, cit. (primer voto Min. Cordeiro Guerra párrs. 16° y 23°; también voto Min. Rodrigues Alckmin N° 6 párr. 7°). En la jurisprudencia del STJ, ver sentencia 3ª turma, REsp 74.376/RJ, rel. Min. EDUARDO RIVEIRO, 09.10.95 (RSTJ 78/240; voto Min. rel. párr. 1°).

En la doctrina puede verse, STRENGER, Irineu, op. cit., pág. 113.

³⁰⁷ Sentencia STF, Pleno, RE 80.004/77, cit. (voto Min. Rodrigues Alckmin N° 6 párr. 7°).

³⁰⁸ DOLLINGER, Jacob, op. cit., pág. 93.

³⁰⁹ Sentencias STF, 1ª turma, RE 82.515/SP, rel. Min. SOARES MUÑOZ, 11.04.1978 (RTJ 88/205; ementa y voto Min. rel. párr. 3°; también segundo voto Min. Cunha Peixoto y segundo voto Min. Rodrigues Alckmin); 2ª turma, HC 74.383/96, cit. (ementa y voto vencedor Min. Marco Aurelio párr. 8°); 2ª turma, HC 73.044/96, cit. (voto Min. Marcos Aurelio párr. 4°); Pleno, ADIn MC 1347/97, cit. (voto Min. rel. 10°); Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. (ementa apart. 4° párr. 1° y voto Min. rel. párrs. 31°, 134°, 136° a 138° y 139°ss).

³¹⁰ Al respecto resulta expresivo el dictamen labrado por el ex ministro Rezek, quien no obstante reconocer que en el caso de autos no se visualizaba un conflicto real, llegado el supuesto en que éste se presentare no hay lugar a opción: «*Se a lei o fizesse, encontrar-nos-íamos -como o tratado entre Brasil e Estados Unidos é da década de 60- numa situação de conflito real entre tratado e lei nacional superveniente. E ao conflito real se daria solução consentânea com aquilo que estatui este Plenário no precedente próprio, que é o RE 80.004, posterior àqueles casos mencionados pelo patrono de Estado requerente. Isto quer dizer que o*

La falta de reconocimiento de la primacía de los tratados sobre las disposiciones de rango legal, «*seja por efeito de ausência de previsão constitucional, seja em virtude de orientação firmada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*»³¹¹, constituye una aseveración que no admite reservas según el propio entendimiento del Supremo³¹².

El entendimiento defendido mayoritariamente por el STF ha marcado también la jurisprudencia casi unánime de la máxima jurisdicción en materia de legalidad: el Superior Tribunal de Justiça³¹³. También las esferas judiciales inferiores acreditan un seguimiento constante de esta doctrina³¹⁴.

La situación de paridad normativa entre ambos órdenes no se predica únicamente respecto de los tratados de derecho internacional público, sino también con relación a los acuerdos contentivos de disposiciones de derecho internacional privado, que también pueden sucumbir bajo la legislación nacional (p. ej., Código de

Supremo Tribunal deveria garantir prevalência à última palavra do Congresso Nacional, expressa no texto doméstico, não obstante isso importasse o reconhecimento da afronta, pela país, de um compromisso internacional. Tal seria um fato resultante da culpa dos poderes políticos, a que o Judiciário não teria como dar remédio» [sentencia STF, Pleno, EXT 426/EUA, rel. Min. RAFAEL MAYER, 04.09.1985 (RTJ 115/969; voto Min. Rezek párr. 3º)].

³¹¹ Sentencias STF, Pleno, EXT 662/Perú, rel. Min. CELSO DE MELLO, 28.11.96 (DJU 30.05.97 pág. 23.176; voto Min. rel. párrs. 32º); Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. (voto voto Min. rel. párr. 139º).

³¹² Sentencias STF, 2ª turma, RE 109.173/87, cit. (voto Min. rel. párr. 6º, acompañado por la turma); Pleno, EXT 662/96, cit. (ementa y voto Min. rel. párrs. 27º a 29º); Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. (voto Min. rel. párrs. 137º y 139º); Pleno, HC 76.561/98, cit. (voto Min. Celso de Mello –mayoría– párr. 8); 2ª turma, RE 254.544/00, cit. (voto –vencedor– Min. rel. párr. 8º); Decisão Monocrática, RE 269.661/00, cit. (voto Min. rel. párr. 10º); 2ª turma, RHC 80.035/00, cit. (ementa y voto Min. rel. párr. 25º).

³¹³ Sentencias STJ, 1ª turma, REsp 34.932/PR, rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, 16.08.93 (DJU 13.09.93 pág. 18.548; ementa y voto Min. rel. párr. 6º); 1ª turma, REsp 37.065/PR, rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, 15.12.93 (RSTJ 57/394; ementa y voto Min. rel. párr. 13º); 1ª turma, REsp 41.331/RS, rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, 21.02.94 (DJU 21.03.94; ementa y voto Min. rel. párr. 13º); 4ª turma, REsp 154.698/SP, rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, 09.06.98 (DJU 12.02.01 pág. 118; voto Min. rel. párr. 2º, voto-vista Min. B. de Souza párr. 5º, votos Mins. F. Teixeira párr. 1º, B. Monteiro párr. 1º y A. Rocha párr. 1º); Corte Especial, emb. de diverg. em REsp 149.518/99, cit. (voto Min. rel. N° 3 párr. 4º, votos Mins. F. Gonçalves, M. L. Pereira y voto Min. E. Ribeiro párr. 4º); 3ª turma, REsp 23.8372/00, cit. (voto Min. rel. párr. 4º, con cita textual del proceso EREsp 149.518); 2ª turma, REsp 160.126/00, cit. (ementa II y III y voto Min. rel. párrs. 11º a 13º); 2ª turma, REsp 257.833/SP, rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, 10.10.00 (DJU 05.02.01 pág. 106; ementa y voto Min. rel. párrs. 2º a 7º); 4ª turma, REsp 116.015/SP, rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, 23.11.00 (DJU 12.03.01; voto Min. R. R. de Aguiar párr. 2º); 4ª turma, REsp 220.898/SP, rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, 23.11.00 (DJU 12.02.01 pág. 121; voto Min. rel. párrs. 2º y 6º, y ementa); 2ª turma, REsp 218.383/SP, rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, 19.02.01 (DJU 09.04.01; ementa I y voto Min. rel. párrs. 3º a 7º); 2ª turma, REsp 240.078/01, cit. (ementa, y votos Min. rel. párrs. 5º y 8º y Mins. de Pádua Ribeiro párr. 1º y C. A. Menezes Direito párr. 1º).

³¹⁴ Sólo para ejemplos recientes: sentencias TRF-4ªR, 2ª turma, AC 97.04.26084-9/PR, rel. Juíz Fernando Quadros da Silva, 11.12.00 (DJU, segunda seção, 11.04.01 pág. 200; ementa); 1ª turma, AgIn (AgRg) 2002.04.01.016154-2/RS, rel. Des. Federal Wellington M. de Almeida, 16.05.02 (DJU, segunda seção, 07.08.02 pág. 323; ementa N° 1).

Bustamante³¹⁵). El mismo entendimiento es aplicable a los acuerdos constitutivos de entes internacionales de los que el Estado sea parte integrante³¹⁶.

La eventual invocabilidad de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no obstante no haber sido ratificada por Brasil, no alteraría sustancialmente el resultado puesto que, según la jurisprudencia, la regla de la equiparación al poseer estatura constitucional no podría ser modificada por un tratado (la Convención)³¹⁷.

La uniformidad demostrada por los tribunales con respecto a la aplicación de la regla de la equivalencia, no ha impedido que se presenten **algunas excepciones** que, al tiempo que fisuran su consolidación, abren la posibilidad para el comienzo de un cambio jurisprudencial.

En esta dirección debe citarse el fallo del **Tribunal de Alçada del Estado de Minas Gerais** (TA-MG), en el asunto “*Wagner Bueno Cateb c/Aerolíneas Argentinas*”, en el que se debatió la vigencia de los arts. 22 de la Convención de Varsovia (transporte aéreo)³¹⁸ y 287 del código aeronáutico que establecen la responsabilidad limitada del transportista, frente a los arts. 25 del Código de Defensa del Consumidor (CDC)³¹⁹ y 159 del código civil (responsabilidad civil ilimitada). Al referirse a la disposición de tratado, el relator de la corte mineira manifestó que «[p]or outro lado, não calha argumentar como o art. 159 do Código Civil, que não põe

³¹⁵ Sentencia STF, Pleno, EXT 662/96, cit. (voto Min. rel. párrs. 25° y 26°). Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante), La Habana, 20 de febrero de 1928. Aprobado por decreto legislativo 5.467, 07.01.1929; promulgado por decreto 18.871, 13.08.1929 (DOU 22.10.29).

³¹⁶ Para este caso el Tratado de Itaipú (promulgado por decreto 72.707, 28.08.1973); sentencia STJ, 1ª turma, REsp 215.988/PR, rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, 04.09.01 (DJU 12.11.01 pág. 127; ementa «ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO. DISPOSIÇÕES DO ART. 28 DO ANEXO “A” DO TRATADO DE ITAIPU. INAPLICABILIDADE À ESPÉCIE DOS AUTOS. APLICAÇÃO DA LEI BRASILEIRA (ART. XIX DO TRATADO E ART. 9º, § 2º, DA LICC). INCIDÊNCIA, IN CASU, DO DECRETO-LEI Nº 2.300/86. -ITAIPU Binacional, por ser empresa sediada em Brasília e Assunção, submete-se à Lei brasileira que regula as obrigações decorrentes dos contratos celebrados com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas e residentes no Brasil, nos termos do art. XIX do Tratado que a instituiu e art. 9º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil. -Daí, a incidência das normas pertinentes ao procedimento da licitação e aos contratos administrativos, constantes do Decreto-lei nº 2.300/86, em vigor na época da prestação dos serviços objeto da presente lide», y voto Min. rel. párrs. 6º a 8º y 10º).

³¹⁷ El principio de la *lex posteriori* «de nenhum modo é incompatível como o invocado artigo 27 da Convenção de Viena. Ai se cuida também do ilícito internacional, resultante do descumprimento de tratado. Nem se poderia, aliás, mediante uma convenção, modificar a hierarquia que, no direito interno, tenha essa fonte normativa» [sentencia STJ, 3ª turma, REsp 74.376/95, cit. (voto Min. rel. párrs. 1º y 2º; ementa «Tratado internacional – Lei ordinária – Hierarquia. O tratado internacional situa-se formalmente no mesmo nível hierárquico da lei, a ela se equiparando. A prevalência de um ou outro regula-se pela sucessão no tempo»)].

³¹⁸ Convención de Varsovia, sobre Transporte Aéreo Internacional; promulgada por decreto 20.703/1931.

³¹⁹ Código de Defensa del Consumidor (Ley 8.078, 11.09.1990, DOU 12.09.90), art. 25 sobre inadmisibilidad de las cláusulas exonerativas o restrictivas de la obligación indemnizatoria.

freios à responsabilidade civil, nem como o art. 25 do Código de Defesa do Consumidor, que inadmite cláusulas exonerativas ou restrictivas da obrigação indenizatória. Também não tem pertinência o art. 5º, XXXII, da Constituição Federal». No debe deducirse que el sentenciante colocó a los tratados sobre la constitución sino que buscó en sus propios artículos el fundamento para su afirmación al sostener a renglón seguido que «[b]em percebeu o ilustre Sentenciante, a atual Constituição não denunciou os aludidos Tratados e tampouco o Código de Defesa do Consumidor prevalece sobre convenções internacionais de que o Brasil seja signatário. Nesse sentido, a lição de Sílvio Pacheco, tão bem evocada no “decisum”, é de uma clareza meridiana: “No conflito entre a lei interna e o tratado, prevalece o tratado”, mesmo porque “O art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988 dá prioridade aos tratados”»³²⁰. La resolución fue luego objeto de un REsp ante el STJ cuya 3ª sala por mayoría decidió no conocer de la presentación y confirmar de esta manera la sentencia del TA-MG³²¹.

Otra decisión que puede mencionarse es la emitida por el STJ el **26 de febrero de 2002** (HC 19.834/SP). La presentación, a través de la vía procesal de un habeas corpus, se dirigió contra una sentencia del TRF-3ªR que confirmó una resolución de la instancia anterior, por la que se había dictado un auto de prisión en el marco de una ejecución fiscal promovida por la Unión, sobre la base de la ley 8.866/94³²² cuyas disposiciones (arts. 4º, § 1º, y 7º) permiten al gobierno federal solicitar, en determinados casos, la prisión de los particulares que incurran en la figura del depositario infiel. Los abogados del paciente fundamentaron la pretensión constitucional, entre otros, en el PSJCR. Originalmente el recurso fue dirigido directamente al STF, el cual por decisión labrada por el Min. Ilmar Galvão lo derivó al STJ en aplicación de la EC 22/99³²³. El STJ concedió el habeas corpus, a pesar del dictamen negativo del Ministerio Público³²⁴. El relator, al aceptar el HC contra el auto de prisión, sin perjuicio de reconocer «*que é conhecida, hoje, a divergência entre o entendimento da Corte Especial deste STJ e do STF. Enquanto aquela entende não mais ser possível a decretação de prisão civil, salvo por inadimplemento de obrigação alimentar, aplicando os preceitos do inc.*

³²⁰ Sentencia TA-MG, 3ª Câmara Civil, AC 1726467, rel. Juez Tenisson Fernández, 22.06.94 (copia suministrada por el TA-MG; voto juiz rel. párrs. 9º y 10º, acompañado por el voto del juez Abreu Leite; el magistrado restante, juez Ximenes Carneiro, llegó a la misma solución).

³²¹ Sin embargo, el tribunal dejó expresa constancia de su adhesión a la teoría de la igualdad jerárquica de los tratados y las leyes salvo, doctrina que aplicó al *sub judice*, los supuestos en los que aquellos funcionen como norma especial, en cuyo caso una disposición legal general, aún posterior, no es susceptible de afectar su aplicación: sentencia STJ, 3ª turma, REsp 58.736/95, cit. (ementa).

³²² Ley 8.866, sobre el depositario infiel de valores pertenecientes a la Hacienda Pública, 11.04.94 (DOU 13.04.94).

³²³ EC 22/1999, de 18 de marzo (DOU 19.03.99). Dicha EC modifica la competencia originaria del STF en materia de habeas corpus, pasando a entender a partir de la misma sólo de aquellos dirigidos contra resoluciones del STJ, y no ya cuando las mismas provengan de los Tribunales estatales o regionales.

³²⁴ Sentencia STJ, 1ª turma, HC 19.834/SP, rel. Min. JOSÉ DELGADO, 26.02.02 (DU 25.03.02 pág. 178; ementa).

7, do art. 7º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22.11.69, a Suprema Corte tem posicionamento em sentido contrário», mantuvo la aplicabilidad del PSJCR por sobre las disposiciones de la ley 8.866/94³²⁵.

También es posible traer a colación votos de **magistrados del STF** que se han expresado francamente en contra del precedente sentado en el RE 80.000/SE. Es el caso por ejemplo del ministro Decio Miranda. En concreto la referencia lo es a su dictamen en el **HC 57.087/79**. En dicha oportunidad la composición plenaria de la Corte debió entender en un habeas corpus interpuesto contra el Ministerio de Justicia por una persona que estaba pendiente de ser extraditada a Suiza. El pedido de extradición había sido enviado por el gobierno requirente sobre la base del tratado firmado con Brasil (1932)³²⁶. El art. XI de dicho convenio establecía que el plazo para la entrega y retiro del extraditando, una vez aceptada la extradición, era de 20 días a contar desde la comunicación de la aceptación del pedido al gobierno requirente, lo cual coincidía con el criterio establecido en la ley 2.416 (28.06.1911)³²⁷ y en el decreto-lei 394/1938 (28.04.38). Sin embargo, dicho término fue ampliado posteriormente a 45 días, en virtud del art. 101 del decreto-lei 941/1969 (18.10.69). Atento a que el plazo fijado en el tratado había vencido, el presentante solicitó al tribunal su libertad, petición que la Corte denegó con base en la disposición del art. 101 del decreto-lei 941/69³²⁸.

Discorde con la solución adoptada por la mayoría, el Min. Decio Miranda –a fin de dar curso al HC– hizo valer que «*no confronto entre a regra de Direito Internacional, fixada em tratado, e a regra de Direito Interno, fixada em lei, prevalece a primeiras*»³²⁹. El mismo juez se apartó de la posición de la Corte respecto a la naturaleza de los tratados de extradición (*lex specialis*), su tesis era la primacía del tratado como derecho internacional³³⁰; no siendo obstáculo la invocación del

³²⁵ Para así concluir el Min. José Delgado, apoyado en el magisterio de J. C. de Magalhães, afirmó que «“...[e]ssa convenção, ratificada pelo Brasil, conforme Dec. 678, de 06.11.1992, encontra-se em vigor no país. Segundo orientação consagrada pelo STF, tratando revoga lei anterior com ele conflitante, e, assim, importou na revogação das leis internas que prevêm a prisão de depositário infiel, dentre as quais o art. 1.287 do CC, o Dec.-lei 911/69 e Lei 8.866/94...”» [sentencia STJ, 1ª turma, HC 19.834/02, cit. (voto Min. rel. párrs. 9º y 11º)].

³²⁶ Tratado Extradición entre Brasil y Suiza, de 23 de julio de 1932; promulgado por decreto 23.997, 13.03.1934.

³²⁷ Ley 2.416, extradición de nacionales y extranjeros, 28.06.1911. Texto extraído del Relatorio del Ministerio das Relações Exteriores 1912 y 1913, ed. Imprensa Nacional, Río de Janeiro, 1913, Anexo A, págs. 62 a 65.

³²⁸ Sentencia STF, Pleno, HC 57.087/DF, rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, 27.06.1979 (DJU 09.05.80).

³²⁹ Sentencia STF, Pleno, HC 57.087/79, cit. (primer voto vencido Min. Decio Miranda párr. 1º).

³³⁰ Respecto a su posición sobre la primacía del derecho internacional, el ministro afirmó «[n]ão penso assim porque entenda que em relação à lei interna o tratado seja uma lei especial, mas pela própria supremacia do tratado, no confronto entre os dois tipos de normas»; agregando luego que «[o] fundamento de minha divergência residia em que, ao contrário do que S. Exa. supõe, empresto ao tratado uma posição hierárquica superior à da lei ordinária interna. Para mim, não é ele apenas uma lei que se equipare a uma lei especial, que, por isso, funcione em relação à lei interna como se esta fosse uma lei geral. Não; eu dou uma supremacia ao tratado, em relação à lei ordinária interna. Esta é a posição que me levou a divergir dos votos

precedente RE 80.004/SE³³¹. El fundamento de su posición radicaba en la imposibilidad de reconocer al legislador nacional la facultad para alterar el principio de igualdad que rige las relaciones interestatales en el ámbito internacional, modificando unilateralmente lo estipulado previamente en un tratado³³². En definitiva, el juez Miranda concluyó su voto ratificando que su posición «*não obstante a doutrina já assentada pelo Supremo Tribunal, é, em primeiro lugar, a de conferir surpemacia ao tratado sobre a lei interna*»³³³.

En último término es oportuno recordar el **REsp 616/RJ**, especialmente conocido para los ius internacionalistas privados, vinculado al arbitraje particular internacional. El marco normativo y fáctico era el siguiente: Brasil adhirió al Protocolo de Ginebra sobre arbitraje comercial de 1923³³⁴, cuyo art. 1º obliga a los Estados partes a aceptar la validez de los laudos arbitrales dictados tanto en el marco de un *compromiso* como de una *cláusula* arbitral. Ahora bien, tal equiparación entre el compromiso y la cláusula no parecía resultar de los arts. 1.072 a 1.074 y 1.100 del CPCB³³⁵ (texto original)³³⁶; cabe mencionar que el fallo fue dictado antes de la sanción de la reciente ley de arbitraje N° 9.307/96.

Se presentó ante la justicia brasileña, en los términos del entonces vigente art. 1.096 CPCB, un laudo arbitral privado dictado en el exterior para su homologación. La demandada se opuso alegando la violación del art. 1.100, I y II, CPCB, lo cual no fue aceptado en primer instancia, haciéndose lugar a la solicitud de

precedentes e entender que prevalece sobre a disposição do tratado... [...] Isto não só em relação a este tratado, como aos demais que tenham estabelecido prazo menor do que o da lei ordinária» [sentencia STF, Pleno, HC 57.087/79, cit. (primer voto vencido Min. Decio Miranda párr. 2º, y su voto de esclarecimiento –primera intervención–, respectivamente)].

³³¹ En efecto, respondiendo a la intervención del Min. M. Alves –quien le recordó la doctrina del tribunal a partir del RE 80.004/SE–, el Min. D. Miranda replicó que «*não obstante o precedente ora rememorado, sou fiel a esta antiga posição, que defendi em vários votos, no Tribunal Federal de Recursos, sustentando sempre a predominância do tratado, o primado do Direito Internacional, em relação à lei ordinária interna. A meu ver, o caso concreto é uma demonstração visível da conveniência e superioridade desta doutrina*» [sentencia STF, Pleno, HC 57.087/79, cit. (voto de esclarecimiento –segunda intervención– Min. Decio Miranda párr. 1º)].

³³² Sentencia STF, Pleno, HC 57.087/79, cit. (voto de esclarecimiento –segunda intervención– Min. Decio Miranda párrs. 3º y 5º).

³³³ Sentencia STF, Pleno, HC 57.087/79, cit. (voto de esclarecimiento –segunda intervención– Min. Decio Miranda párr. 6º).

³³⁴ Protocolo sobre Cláusulas Arbitrales, de 24 de septiembre de 1923 (Protocolo de Ginebra de 1923), promulgado por decreto 21.187, 02.03.1932 (CLBR [Coleção de Leis do Brasil] 1932 vol. 1 pág. 434).

³³⁵ CPCB, ley 5.869/1973, citado; capítulo XIV, del juicio arbitral, sección I, del compromiso, arts. 1.072 a 1.074 y 1.100.

³³⁶ Ello se deduce, además del tenor de los artículos del CPCB, de la circunstancia de que la nueva ley brasileña de arbitraje procedió a su derogación por medio de su art. 44 [ley 9.307, arbitraje, 23.09.1996 (DOU 24.09.96); art. 44 “Quedan revocados los arts. 1.037 a 1.048 de la Ley N° 3.071, de 1º de enero de 1916, Código Civil Brasileño; los arts. 101 e 1.072 a 1.102 de la Ley N° 5.869, de 11 de enero de 1973, Código del Proceso Civil; y demás disposiciones en contrario”].

homologación. Rechazados los embargos declaratorios (vía recursiva) interpuestos, el expediente llegó por apelación a la 7ª Cámara Civil del Tribunal de Justicia de São Paulo que, dando provimento a la impugnación, declaró nulo el laudo toda vez que de los autos no resultaba la existencia de un compromiso firmado por dos testigos, tal como lo exigía el art. 1.073 CPCB. La parte actora (vencedora del laudo) interpuso embargos declaratorios ante el STJ –invocando el Protocolo de Ginebra 1923– y, frente a su desestimación, un recurso extraordinario ante el STF. La instancia suprema, aceptando la opinión del procurador general –acerca de la *evidente violación de un tratado internacional* (Protocolo de Ginebra), siendo por ello la controversia de la competencia del STJ– remitió los autos al STJ.

El relator –a la postre vencido– ministro Cláudio Santos, declaró la inaplicabilidad del Convenio ginebrino por fuerza de lo prescripto en los artículos de la codificación adjetiva antes citados, que únicamente mencionan el compromiso arbitral pero no la cláusula compromisoria. El relator no perdió de vista –ante la invocación de la demandante– que el contrato contenía en su artículo 13º una cláusula compromisoria por la que se fijaba que todos los litigios serían sometidos a arbitraje de acuerdo a las Reglas de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial –CIAC– y que la decisión sería irrecurrible³³⁷; pacto que según la recurrente era equiparable al compromiso en los términos del Protocolo de 1923³³⁸. El mismo juez recordó que la regulación contenida en el convenio internacional podía considerarse compatible con el derecho interno antes de 1939, pero a partir de la entrada en vigor del CPCB ya no era posible mantener la misma solución a tenor de lo establecido en sus arts. 1.072 a 1.074 y 1.100, que no permiten las sentencias arbitrales dictadas en razón de cláusulas contractuales sino únicamente las que estén basadas en un compromiso arbitral. Un eventual conflicto en este sentido se solucionaba aplicando las reglas de la igualdad de rango entre los tratados y las leyes y de la *lex posteriori*. No obstante, el relator consideró que la sentencia recurrida aplicó el art. 2º del protocolo interpretando que dicha disposición, al especificar que el procedimiento arbitral será regulado por la autonomía de la voluntad y por la legislación del Estado en el cual ha de efectuarse, deja entender que la intención de las partes no puede excluir la vigencia de la ley procesal del lugar; por esta razón confirmó la decisión³³⁹.

³³⁷ Sentencia STJ, 3ª turma, REsp 616/RJ, rel. Min. CLAUDIO SANTOS, rel. p/acórdão Min. GUEIROS LEITE, 24.04.1990 (RSTJ 37/263; voto vencido Min. rel. párr. 6º).

³³⁸ Sentencia STJ, 3ª turma, REsp 616/90, cit. (voto vencido Min. rel. párr. 18º).

³³⁹ Sentencia STJ, 3ª turma, REsp 616/90, cit. (voto vencido Min. rel. párrs. 21º, 22º, 28º y 29º). La disposición del protocolo mencionada por el relator (art. 2º) garantiza la aplicación de la legislación adjetiva del país en el cual el procedimiento arbitral se ha de llevar a cabo, pero no parece referirse a la normativa procesal del Estado donde el laudo ha de ejecutarse.

El Min. Gueiros Leite (presidente), luego designado relator para el acuerdo, disintió con la propuesta del ministro Santos y reformó la sentencia del tribunal paulista. En su opinión el contrato *sub judice* era de carácter internacional lo que hace aplicable las disposiciones del Protocolo de Ginebra que obliga a los Estados signatarios a reconocer la validez de ambos institutos del proceso arbitral (cláusula compromisoria y compromiso arbitral)³⁴⁰. No resulta menor destacar que el magistrado fundó su posición, en cuanto a la admisibilidad del recurso, en la letra “a”, inc. III, del art. 105 de la constitución, que abre la instancia especial frente a sentencias que –en lo que aquí interesa– contraríen un tratado o le niegue vigencia.

En su voto-vista el Min. Nilson Naves, no obstante coincidir con el relator originario acerca de la ausencia en la legislación nacional de cualquier disposición que permita un proceso sólo en base a una cláusula compromisoria y por ello la «*dificuldade, face à lei interna, em admitir a afronta ao Protocolo objeto do Decreto n° 21.187*», adhirió a la solución propuesta por el ministro G. Leite sobre la imposibilidad –en base al art. 243 CPCB– de que la parte que contribuyó a la conformación del acto pueda posteriormente prevalerse de su anulación³⁴¹. La misma opinión, acerca de la aplicación del art. 243 CPCB, fue defendida por el Min. Athos Carneiro³⁴².

Finalmente, el Min. Eduardo Ribeiro sostuvo que a tenor del ordenamiento interno los tratados tienen la misma jerarquía que la ley ordinaria, debiendo observarse la última en el tiempo; tal afirmación lo fue a manera de *obiter dictum*, pues a continuación agregó que si bien en principio no existió un compromiso arbitral, las partes dando cumplimiento a la cláusula compromisoria constituyeron el tribunal de arbitraje a través de actos escritos, lo cual era suficiente para dar por cumplidas las exigencias sustanciales que rodean la emisión regular de un laudo. Por ello, siguiendo lo dictaminado por los Mins. Leite y Naves, dio conformación definitiva a la mayoría de la sala que revocó la sentencia de segunda instancia³⁴³.

³⁴⁰ Según el juez G. Leite «*nos arbitragens internacionais e por força mesmo do Protocolo de Genebra de 1923, não há distinção de ordem prática entre os institutos da cláusula compromissória e do compromisso, aos quais são atribuídos os mesmos efeitos legais [...] no caso dos autos, teríamos de ponderar que não poderia a nossa Justiça nacionalizar a sentença de tal modo a ponto de retirar-lhe a eficácia devido a mera diferença formal entre compromisso e cláusula compromissória, diferença essa que o Protocolo de Genebra de 1923 aboliu*», la obligación del compromiso arbitral –agregó– rige sólo en los contratos internos. Por estos fundamentos declaró «*CONHEÇO do recurso pela letra a, art. 105, III, da CF, DOU-LHE PROVIMENTO para reformar o venerando acórdão recorrido e restabelecer a sentença homologatória*» [sentencia STJ, 3ª turma, REsp 616/90, cit. (voto Min. rel. p/acórdão párrs. 5º y 9º, ver también párrs. 4º, 6º y 8º. Las negritas y mayúsculas están en el original)]. En el mismo dictamen el ministro afirmó también que la conducta de la recurrida era subsumible en las prescripciones del art. 243 CPCB pues impugnó la decisión arbitral luego de haber coadyuvado a la constitución del tribunal y al dictado del laudo.

³⁴¹ Sentencia STJ, 3ª turma, REsp 616/90, cit. (voto-vista Min. N. Naves Nº 7 a 16).

³⁴² Sentencia STJ, 3ª turma, REsp 616/90, cit. (voto Min. A. Carneiro párr. 5º).

³⁴³ Sentencia STJ, 3ª turma, REsp 616/90, cit. (voto-vista Min. Eduardo Ribeiro párrs. 1º, 5º y 9º).

Para concluir, del resumen de los votos surge que la posición mayoritaria de la sala (Mins. Santos, Naves y Ribeiro) fue mantener la igualdad jerárquico-normativa de las leyes y los tratados internacionales y consecuentemente la observancia judicial de la norma que sea posterior. No obstante, quien redactó la decisión para llegar al acuerdo fue el Min. G. Leite, que en su voto se expidió por la inaplicación de las reglas del CPCB frente a las disposiciones precisas del convenio ginebrino, al menos en lo que se refiere a los contratos internacionales; a su vez, el sumario de la decisión deja traslucir una inclinación muy cercana a la prevalencia del tratado en cuestión³⁴⁴.

ii) Criterios reconocidos sobre primacía del derecho internacional sobre la ley interna posterior. Límites y excepciones

Como se ha visto la regla en el derecho interno es que los conflictos entre leyes y tratado se resuelven según la sucesión normativa.

Frente a esta solución general existen algunos supuestos específicos en los que, de forma excepcional, se reconoce la preeminencia de las disposiciones internacionales. Estos son los siguientes: (1) según el criterio de la sucesión normativa, siendo en este caso el tratado el que sigue temporalmente a la ley; (2) según el criterio de la especialidad³⁴⁵; y por último, (3) según lo establecido en el art. 98 CTN.

En los dos primeros casos, no obstante llegarse a la aplicación prevalente del derecho internacional, el punto de partida continúa siendo –en el fondo– el rango normativo paritario entre ambos órdenes jurídicos. Mientras que en el supuesto restante se avizora con mayor nitidez el reconocimiento de una situación de

³⁴⁴ Sentencia STJ, 3ª turma, REsp 616/90, cit. (ementa «*CLÁUSULA DE ARBITRAGEM EM CONTRATO INTERNACIONAL. REGRAS DO PROTOCOLO DE GENEVRA DE 1923. 1. Nos contratos internacionais submetidos ao Protocolo, a cláusula arbitral prescinde do ato subsequente do compromisso e, por si só, é apta a instituir o juízo arbitral. 2. Esses contratos têm por fim eliminar as incertezas jurídicas, de modo que os figurantes se submetem, a respeito do direito, pretensão, ação ou exceção, à decisão dos árbitros, aplicando-se aos mesmos a regra do art. 244, do CPC, se a finalidade for atingida. 3. Recurso conhecido e provido. Decisão por maioria*»).

La decisión fue objeto, en primer lugar, de embargos de declaración en recurso especial oportunamente rechazados por la misma sala [sentencia STJ, 3ª turma, emb. decl. REsp 616/RJ, rel. Min. CLAUDIO SANTOS, rel. p/acórdão Min. GUEIROS LEITE, 04.09.1990 (DJU 29.10.1990)] y, en segundo término, impugnada a través de un recurso reglamentario (AgRg), asimismo inadmitido por la segunda sección [sentencia STJ, 2ª Seção, REsp (AgRg) 616/RJ, rel. Min. DIAS TRINDADE, 27.02.91 (DJU 01.04.91)].

³⁴⁵ «*A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno brasileiro somente ocorrerá –presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico–, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (lex posteriori derogat priori) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes*»: sentencia STF, Pleno, EXT 662/96, cit. (ementa y voto Min. rel. párr. 32º. La negrita pertenece al original); en la misma dirección sentencia STF, Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. (ementa apart. 4º, párr. 2º y voto Min. rel. párr. 138º).

primacía en virtud de la naturaleza misma de las normas en juego, aunque con el inconveniente de estar fundamentado en una norma interna que, tal como antes se observó, plantea dudas en cuanto a su constitucionalidad según parte de la jurisprudencia.

Por otro lado, las tres hipótesis han sufrido matizaciones que difícilmente sean conciliables con el principio de la seguridad jurídica.

— Principio de la sucesión normativa

Consecuente con el principio de la igualdad jerárquica cuando es el tratado el que sucede en el tiempo a la ley, el efecto es la inaplicabilidad de la legislación nacional (1). Es la **sucesión normativa**, estrictamente considerada, la que otorga grado aplicativo preferente al derecho internacional en el supuesto en el que se presente irreconciliable con una norma **nacional anteriormente** sancionada.

Para el STF el tratado posterior revoca o abroga a la ley interna³⁴⁶.

El mismo entendimiento ha sido firmado por el Superior Tribunal de Justicia, por ejemplo respecto: (a) a la Convención de Varsovia (transporte aéreo, 1925), en su confronto con el código comercial (1850)³⁴⁷, al sentenciar que una ley no puede afectar la vigencia de un tratado posterior³⁴⁸; (b) al GATT³⁴⁹; (c) al PSJCR y al PIDCP, en cuantos se sobreponen al código civil (art. 1.287, prisión por depósito infiel)³⁵⁰; (d) al art. 8° de la Convención de París³⁵¹, revisada por el Protocolo de La Haya (1925), en materia de protección del nombre comercial, frente al art. 65, 5°, del Código de la Propiedad Industrial (ley 5.772/71)³⁵².

³⁴⁶ En esta tendencia pueden citarse algunas decisiones de la Suprema Corte en las que consideró que la prisión civil del depositario infiel, establecida en el decreto-lei 911/69, debe considerarse derogada por la ratificación del PSJCR (art. 7°, 7) y su promulgación por decreto 672/92 [sentencias STF, 2ª turma, HC 74.383/96, cit. (ementa y voto vencedor Min. Marco Aurelio párr. 9°). La misma posición fue defendida, aunque en minoría, por el Min. Marco Aurelio en aplicación del PIDCP y del PSJCR respecto tanto del código civil (art. 1.287) como del código procesal civil [sentencia STF, 2ª turma, HC 75.512/97, cit. (voto vencido Min. Marco Aurelio párr. 1°)]. Ver también, sentencia STF, 2ª turma, HC 73.044/96, cit. (voto Min. Marcos Aurelio párr. 4°).

³⁴⁷ Ley 556, Código de Comercio, 25.06.1850 (CLBR 1850 vol. 1 pág. 57).

³⁴⁸ Sentencia STJ, 4ª turma, REsp 154.698/98, cit. (voto-vista Min. B. de Souza párr. 5 y votos Mins. F. Teixeira párr. 1°, B. Monteiro párr. 1° y A. da Rocha párr. 1°).

³⁴⁹ Sentencias STJ, 1ª Seção, REsp 141.611/98, cit. (ementa); vice-presidência, REsp 182.288/RJ, rel. Min. COSTA LEITE, 23.06.99 (DJU 01.07.99; voto Min. rel. párr. 1°).

³⁵⁰ Sentencia STJ, Corte Especial, emb. de diverg. em REsp 149.518/99, cit. (voto Min. rel. N° 3, párrs. 4° y 5° y N° 4; votos Mins. F. Gonçalves, M. L. Pereira, C. Leite y E. Ribeiro párr. 10°). Ver también, sentencias STJ, 3ª turma, REsp 23.8372/00, cit. (ementa y voto Min. rel. párr. 4°); 1ª turma, HC 19.834/02, cit. (ementa y voto Min. rel. párr. 11°).

³⁵¹ Convención de París, 20 de marzo de 1883; promulgada por decreto 9.233/1884 (28.06.84).

³⁵² Sentencias STJ, 3ª turma, REsp 284.742/SP, rel. Min. CARLOS A. MENEZES DIREITO, 20.08.01 (DJU 08.10.01; voto Min. rel. párr. 7°, acompañado por la turma); 4ª turma, REsp 331.022/RJ, rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, 07.03.02 (DJU 06.05.02; ementa y voto Min. rel. N° 2).

El Tribunal Supremo del Trabajo (TST) también se ha expedido en idéntica dirección. En especial, merece citarse la serie de acuerdos relacionados con el Tratado de Itaipú. La inconsistencia normativa se presentaba entre un protocolo adicional a este Tratado (1975)³⁵³ y las disposiciones internas – Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT; 1943)– en materia de duración del trabajo nocturno³⁵⁴. El asunto fue tratado por el Alto tribunal laboral en el RR 192.646/95. En la instancia anterior, el Tribunal de la 9ª Región había sostenido –manteniendo el voto del relator– que lo dispuesto en el Protocolo Adicional no excluye la vigencia del art. 73, §1º, de la CLT³⁵⁵, aún cuando ambas normas no sean incompatibles. Interpuesto el recurso (RR “recurso de revista”), el Tribunal Supremo del Trabajo revocó la decisión³⁵⁶. En la misma orientación pueden mencionarse otros acuerdos del TST: RRRRs 25.574/91, 137.908/94, 128.019/94, 143.582/94, 193.058/95, 247.784/96 y 308.487/96³⁵⁷.

— Principio de la ley especial

La segunda posibilidad reconocida acerca de la prevalencia de un acuerdo internacional sobre la legislación interna posterior tiene lugar cuando se lo califica como *lex specialis* (2). Según este criterio la regulación contenida en los tratados es considerada especial, mientras que la ley interna tendría carácter de norma general. Ello permite mantener que, aún en los casos en los que la legislación nacional es posterior al acto internacional, ésta no puede afectarlo en virtud de su generalidad, con lo cual el tratado continúa vigente y plenamente aplicable. Su origen

³⁵³ Protocolo Adicional al Tratado de Itaipú sobre Relaciones de Trabajo y Seguridad Social, celebrado entre Brasil y Paraguay, 1975; aprobado por decreto legislativo 76/1974 y promulgado por decreto 75.242/1975.

³⁵⁴ Consolidación de las Leyes del Trabajo (decreto-lei 5.452/1943, 01.05.43), art. 73, §1º.

³⁵⁵ Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, 5ª turma, RO 6.172/93, rel. Min. Juvenal Pedro Cim, 09.06.94 (Diario Oficial de Justicia del Estado de Paraná 03.03.95; voto Min. rel., Mérito N° 3, párrs. 2º y 3º, acompañado por la turma).

³⁵⁶ «HORA NOTURNA. REDUÇÃO. TRATADO DE ITAIPU. As regras disciplinadoras do trabalho noturno previstas no artigo 73 da CLT, não obstante permaneçam em vigência, foram excepcionadas pelo Protocolo Adicional ao Tratado da Itaipu, que, além de constituir-se em norma específica aos trabalhadores a serviço da Usina de Itaipu, passou, por força do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, a integrar o próprio ordenamento jurídico pátrio. Indevida, portanto, a hora noturna reduzida, a teor do disposto na alínea f do artigo 5º do Decreto n° 75.242/75. Recurso parcialmente conhecido e provido» [sentencia TST, 1ª turma, RR 192.646/95, rel. Min. JOÃO ORESTE DALAZEN, 13.06.01 (DJU 14.09.01; ementa y voto Min. rel. §2.2.1, párrs. 1º y 9º a 11º)].

³⁵⁷ Sentencias TST, 2ª turma, RR 25.574/91, rel. Min. NEY DOYLE, 30.03.92 (DJU 30.04.92 pág. 5.793); 2ª turma, RR 137.908/94, rel. Min. VANTUIL ABDALA, 26.04.95 (DJU 10.08.95 pág. 23.786); 5ª turma, RR 128.019/94, rel. Min. ARMANDO DE BRITO, 19.06.96 (DJU 16.08.96 pág. 28.329; ementa N° 2); 2ª turma, RR 143.582/94, rel. Min. RIDER NOGUEIRA DE BRITO, 09.10.96 (DJU 28.02.97 pág. 4.412); 2ª turma, RR 193.058/95, rel. Min. MOACYR ROBERTO TESCH AUERSVALD, 04.12.96 (DJU 28.02.97 pág. 4.412); 1ª turma, RR 247.784/96, rel. Min. URSULINO SANTOS, 11.03.98 (DJU 17.04.98 pág. 326); 4ª turma, RR 308.487/96, rel. Min. MILTON DE MOURA FRANÇA, 22.04.98 (DJU 08.05.98 pág. 520).

internacional le otorga naturaleza de norma especial, inmune a las disposiciones estatales que le sucedan³⁵⁸.

Esta alternativa para la primacía del derecho internacional presenta, sin embargo, cuanto menos dos limitaciones importantes: por un lado, no se aplica a todos los tratados sino a determinadas categorías dependiendo de la materia que regulen y, por el otro, los criterios de especificidad son modificables, lo que conspira contra la seguridad jurídica.

Un ejemplo de esto último puede mencionarse con relación a los conflictos suscitados en torno a la *indemnización* por daños producidos en ocasión de *transporte aéreo*. El punto en debate era si luego de la sanción del código de defensa del consumidor (1990), que establece la reparación integral de los perjuicios que sufran los consumidores, continuaban vigentes las cláusulas limitativas de la responsabilidad de la Convención de Varsovia (1925), concordantes con lo establecido en el código aeronáutico. En un primer momento la jurisprudencia del STJ se inclinó por entender que, en tanto ley especial, la Convención no se veía afectada por las reglas del CDC cuyas disposiciones eran, a su respecto, regulación de carácter general, por ello de existir responsabilidad del transportista aéreo ésta sería tarifada, tal como lo establece el art. 22 de la Convención. Así fue sostenido, entre otros, en el REsp 57.529/DF, en el que la Corte Superior decidió no conocer del recurso de indemnización por pérdida de chance, entendiendo que las reglas sobre limitación de la responsabilidad de las empresas de transporte aéreo constituyen disposiciones especiales del sistema de derecho aeronáutico, por lo que resultaban de aplicación las normas contenidas en la Convención de Varsovia y en el código aeronáutico y no el CDC³⁵⁹. Idéntica jurisprudencia fue mantenida en los RREEsp 58.736/MG y 156.238/RJ³⁶⁰. Dicho entendimiento fue firmado por el mismo tri-

³⁵⁸ «*Rejeição de preliminar de nulidade, pela inexistência de interesse, no mandado de segurança, de terceiro. [...] A caducidade ou a extinção dos registros não atingiram os direitos e depósitos de pedidos, assegurados explicitamente, pelo acordo internacional, quer em face dos princípios dos arts. 1 e 2 do acordo, quer dos arts. 3, 6, 7, 8 e 9, que contem regras especiais sobre suspensão ou prorrogação de prazos*» [sentencia STF, Pleno, RE 59.038/DF, rel. Min. ELOY DA ROCHA, 06.12.1967 (DJU 23.08.68; ementa y voto Min. rel. párr. 35º). La Suprema Corte reconoció en este expediente la primacía de los arts. 1º, 2º y 5º del Acuerdo sobre Restitución de los Derechos de Propiedad y de los Derechos de Autor afectados por la IIª Guerra Mundial, de 4 de septiembre de 1953 (aprobado por decreto legislativo 39, 15.12.1957 y promulgado por decreto 43.956/1958, 03.07.58), en aplicación del principio de especialidad, con respecto a los arts. 151, §1º (extinción de la marca por falta de prórroga del plazo del registro), y 152 (extinción de la marca por el no uso durante 2 años) del Código de la Propiedad Industrial.

³⁵⁹ Sentencia STJ, 4ª turma, REsp 57.529/DF, rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIRAR, rel. p/acordão Min. FONTES DE ALENCAR, 07.11.95 (DJU 23.06.97; ementa «*TRANSPORTE AÉREO. –É limitada, nos termos da legislação especial, a responsabilidade da empresa transportadora, em caso de extravio de bagagem durante a execução do contrato de transporte. –Recurso especial não conhecido. Maioria*», y voto Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira Nº 9).

³⁶⁰ Sentencias STJ, 3ª turma, REsp 58.736/95, cit. (ementa y voto Min. rel. párrs. 4º y 5º); 2ª turma, REsp 156.238/RJ, rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, 07.06.99 (RSTJ 123/236; ementa y voto Min. rel. párr. 5º).

bunal en los supuestos que envuelven el denominado “riesgo del aire”, en cuyo caso el transporte aéreo constituye una relación especial que exige también una norma especial, a saber la Convención de Varsovia y el código aeronáutico, rigiéndose el expediente en estas circunstancias por las cláusulas limitativa de la responsabilidad y no por la codificación sobre consumo³⁶¹.

La inseguridad de esta preeminencia de los tratados internacionales se vislumbra al repararse que más tarde el STJ alteró su razonamiento y pasó a considerar que el CDC, al constituir un cuerpo integral de protección de los derechos de los consumidores, no podía ser calificado como disposición general, sino como una norma especial por lo que al ser posterior a la mencionada Convención debe ser aplicado a las relaciones de consumo, aún aquellas nacidas al amparo de los contratos de transporte aéreo internacional³⁶². A partir de este cambio jurisprudencial la responsabilidad derivada de los daños pasó a ser ilimitada en razón de la regulación contenida en el CDC, suspendiéndose la vigencia de las cláusulas sobre indemnización tarifada de la Convención de Varsovia. Confirmatorios de este razonamiento pueden ser citados los siguientes acuerdos de la Corte Superior: RREEsp 235.678/SP, 169.000/RJ, 154.943/DF, 158.535/PA, 171.506/SP, 209.527/RJ, 240.078/SP, 243.972/SP, 236.755/SP, 65.837/SP³⁶³.

La vigencia prevalente que el tribunal ha garantizado al CDC frente a la Convención de Varsovia, en tanto norma posterior, no sólo ha sido reconocida

³⁶¹ Sentencia STJ, 2ª turma, REsp 158.535/PA, rel. Min. ALBERTO MENEZES DIREITO, rel. p/acórdão Min. EDUARDO RIBEIRO, 04.04.00 (DJU 14.08.00 pág. 164; ementa y voto Min. rel. p/acórdão párrs. 12º a 15º).

³⁶² Para el ministro Nilson Naves aún cuando se pudiera considerar que el CDC es una ley posterior *general*, puede igualmente revocar un tratado, ley *especial* anterior, como la Convención de Varsovia, si así lo determina explícita o implícitamente, o si se refiere al mismo asunto alterándolo directa o indirectamente [sentencias STJ, 3ª turma, REsp 169.000/00, cit. (voto Min. Nilson Naves párr. 13º); 3ª turma, REsp 154.943/00, cit. (voto Min. rel.); 2ª turma, REsp 158.535/00, cit. (voto Min. Nilson Naves párr. 13º)].

³⁶³ Sentencias STJ, 4ª turma, REsp 235.678/SP, rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, 02.12.99 (DJU 14.02.00 pág. 43; ementa y voto Min. rel. N.º 2, párrs. 7º y 14º); 3ª turma, REsp 169.000/00, cit. (ementa y voto Min. rel. párrs. 4º a 6º); 3ª turma, REsp 154.943/00, cit. (ementa, y votos Mins. Menezes Direito, Costa Leite y Zveiter); 4ª turma, REsp 171.506/SP, rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, 21.09.00 (DJU 05.03.01 pág. 167; ementa, y votos Min. rel. N.º 2, párrs. 4º a 6º, Mins. F. Texeira N.º 2, párrs. 3º y 4º, y 3 y A. Rocha párrs. 14º y 16º); 2ª turma, REsp 209.527/RJ, rel. Min. MENEZES DIREITO, 15.12.00 (DJU 05.03.01 pág. 155; ementa y voto Min. rel. párrs. 1º a 5º, 8º y 9º); 2ª turma, REsp 240.078/01, cit. (ementa, y votos Min. rel. párrs. 5º y 8º y Mins. A. de Pádua Ribeiro párr. 1º y C. A. Menezes Direito párr. 1º); 2ª turma, REsp 243.972/SP, rel. Min. MENEZES DIREITO, 29.03.01 (DJU 11.06.01; ementa 1 y voto Min. rel. párrs. 2º y 4º); 4ª turma, REsp 236.755/SP, rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, 08.05.01 (DJU 15.10.01 pág. 267; ementa y voto Min. rel. N.º 5 a 7); 4ª turma, REsp 173.526/01, cit. (ementa 1, y voto Min. rel.); 4ª turma, REsp 65.837/SP, rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, rel. p/acórdão Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, 26.06.01 (DJU 03.09.01 pág. 225; ementa y voto Min. rel. p/acórdão N.º 3); 2ª turma, EDcl REsp 243.972/SP, rel. Min. CARLOS A. MENEZES DIREITO, 06.09.01 (DJU 29.10.01 pág. 201; ementa y voto Min. rel. párrs. 1º a 4º).

respecto de las disposiciones sobre responsabilidad por daños, sino también en lo que hace al foro competente³⁶⁴ y al plazo de prescripción³⁶⁵.

Otra materia en la cual ha sido aceptada la aplicación preeminente de los tratados internacionales, esta vez con mayor estabilidad, es la concerniente a los *acuerdos sobre extradición*. En este campo la mayor antigüedad de tales convenios respecto al Estatuto del Extranjero³⁶⁶, que también dispone de normas sobre procedimiento de extradición, no impide la vigencia de aquéllos. El Estatuto es una norma general que es utilizada en las hipótesis de ausencia de tratados de extradición o ante las lagunas que éstos puedan contener³⁶⁷. La misma doctrina se ha extendido en relación al código penal³⁶⁸. Aún cuando la constante aplicabilidad de esta jurisprudencia en casos de cooperación penal internacional es mayor que

³⁶⁴ Sentencia STJ, 4ª turma, REsp 247.724/SP, rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, 25.04.00 (DJU 12.06.00 pág. 117; ementa y voto Min. rel. párr. 3º).

³⁶⁵ Sentencia STJ, 4ª turma, REsp 258.132/SP, rel. Min. BARROS MONTEIRO, 28.11.00 (DJU 19.03.01 pág. 116; ementa y voto Min. rel. Nº 1 y 3, párrs. 1º a 4º).

³⁶⁶ Ley 6.815, Estatuto del Extranjero, 19.08.1980 (DOU 19.08.80), según la redacción dada por la ley 6.964, 09.12.1981 (DOU 10.12.81).

³⁶⁷ Sentencias STF, Pleno, HC 51.977/DF, rel. Min. CARLOS THOMPSON FLORES, 13.03.1974 [RTJ 70/333; ementa III a V «*Habeas Corpus. Extradicação. [...] III. A existência de Tratado, regulando a extradição, quando em conflito com a lei, sobre ela prevalece porque contém normas específicas. IV. Excesso de prazo não reconhecido, em conformidade com as disposições do Tratado em questão. V. Writ indeferido.*», y voto Min. rel. Nº 2. En el *sub judice* la Suprema Corte declaró la prevalencia del Tratado de Extradición entre Brasil y Perú (aprobado por decreto legislativo 4.236, 04.01.1921, promulgado por decreto 15.506, 31.05.1922) sobre las disposiciones del decreto-lei 941/1969]; Pleno, HC 58.727/DF, rel. Min. SOARES MUÑOZ, 18.03.1981 (RTJ 100/1030; ementa y voto Min. rel. párrs. 1º a 6º); Pleno, PPEQO 193/Argentina, rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, 13.04.94 (DJU 13.06.97; ementa y voto Min. rel. párrs. 4º y 9º); Pleno, PPEQO 194/Argentina, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 13.04.94 (RTJ 162/822; ementa «*Extradicação: prisão preventiva: prazo para a formalização do pedido de extradição: divergência entre o art. 82, §§ 2º e 3º, da L. 6.815/80 – noventa dias contados da data em que efetivada a prisão preventiva – e o art. VI do Tratado Brasil-Argentina – quarenta e cinco dias, contados do recebimento do pedido de prisão preventiva, vencidos os quais “o detido será posto em liberdade”: prevalência, no caso, do estipulado no acordo bilateral. 1. No sistema brasileiro, ratificado e promulgado, o tratado bilateral de extradição se incorpora, com força de lei especial, ao ordenamento jurídico interno, de tal modo que a cláusula que limita a prisão do extraditando ou determina a sua libertação, ao termo de certo prazo, cria direito individual em seu favor, contra o qual não é oponível disposição mais rigorosa da lei geral. 2. De qualquer modo, ainda quando se pudesse admitir, em questão de liberdade individual, que ao Estado requerente fosse dado invocar, ao invés do tratado que o vincula ao Brasil, a norma a ele mais favorável da lei brasileira de extradição, só o poderia fazer mediante promessa específica de reciprocidade: ao contrário, pedida a prisão preventiva com base no Tratado, e somente nele, há de prevalecer o que nele se pactuou.*», y voto Min. rel. Nº 10, 12 y 21); Pleno, EXT 795/EU, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 08.02.01 (DJU 06.04.01; ementa II y voto Min. rel. párr. 4º).

³⁶⁸ Sentencia STF, Pleno, EXT 834/Confederación Helvética, rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, 10.04.02 (DJU 14.06.02; voto del voto Min. rel. y voto Min. Sepulveda Pertence). En esta oportunidad se trató de la aplicación del Tratado de extradición entre Brasil y Suiza, firmado en Río de Janeiro el 23 de julio de 1932 (ratificado el 24 de enero de 1934; promulgado por decreto 23.997/1934, DOU 16.03.34), cuyo art. III “c” establecía un plazo prescripcional distinto del fijado en el código penal (decreto-lei 2.848, Código Penal, 07.12.1940, DOU 31.12.40; según la redacción de la ley 7.209, 11.07.1984).

en otras materias, han existido también en este ámbito supuestos en los que el STF excepcionó este principio: HC 57.087/DF³⁶⁹ y EXT 417 (caso Firmenich)³⁷⁰.

³⁶⁹ Sentencia STF, Pleno, HC 57.087/79, cit. (ementa «*Extradicação. Prazo de retirada e remessa do extraditando, após seu deferimento. Prevalência, no caso, do art. 101 do Decreto-lei nº 941/69, sobre o art. 11 do Tratado de Extradicação entre Brasil e a Suíça. Habeas corpus denegado*», y voto Min. rel. párr. 12º, votos Mins. Moreira Alves párrs. 3º y 4º, Cordeiro Guerra párr. 1º a 3º y Djaci Falcão; el Min. Decio Miranda, cuyo voto-vencido se analizó antes, sostuvo la aplicación con carácter prevalente del Tratado de Extradición con Suiza, párrs. 1º a 4º. En este HC la Suprema Corte, si bien hizo lugar al pedido extradicional, dejó de lado la regla de la especialidad en materia de convenios sobre extradición sometiendo el asunto, acerca del plazo del que disponía el gobierno requirente para retirar al extraditando una vez aceptada su solicitud, a las previsiones del decreto-lei 941/1969 (art. 101: plazo 45 días), en lugar de las disposiciones del tratado con Suiza de 1934 (art. XI: plazo de 20 días).

³⁷⁰ En dicho expediente la Argentina había requerido la extradición de M. Firmenich. Ante la posibilidad de que una vez procesado y condenado en el Estado requirente el extraditando pudiera ser sometido a la pena de prisión perpetua, la Corte, trayendo a colación el art. 91, III, del Estatuto del Extranjero (ley 6.815/80: “No será efectivizada la entrega sin que el Estado requirente asuma el compromiso: [...] III- de conmutar en pena privativa de libertad la pena corporal o de muerte, salvo, en cuanto a esta última, los casos en que la ley brasileña permite su aplicación”), aceptó el pedido extradicional bajo la reserva de que el gobierno argentino debía conmutar la eventual pena perpétua por la de 30 años de prisión que constituye el máximo aceptado por el art. 75 de la codificación penal brasileña: «*Extradicação. [...] Exclusão dos delitos relativos a: liderança de movimento político, porte de armas e explosivos, e uso de documentos falsos; bem como ressalvado que não poderão ser impostas ao extraditando penas superiores a trinta anos de prisão, o máximo, em relação a cada crime. Extradicação deferida - com as ressalvas enunciadas*» [sentencia STF, Pleno, EXT 417/Argentina, Min. ALFREDO BUZAID, rel. p/acórdão Min. OSCAR CORRÊA, 20.06.1984 (RTJ 111/16; ementa, y votos Mins. Moreira Alves párr. 10º, Djaci Falcão párr. 3º, Oscar Corrêa segundo voto párrs. 1º y 2º y Rafael Mayer rectificación de su voto). De esta manera el STF aplicó una reserva sobre el límite temporal de la pena que no estaba regulado en el Tratado de Extradición entre Argentina y Brasil, de 15 de noviembre de 1961 (aprobado por decreto legislativo 85, 29.09.1964, promulgado por decreto 62.979, 11.07.1968), por fuerza del Estatuto del Extranjero.

Si bien es cierto que la norma del art. 91, III, del citado estatuto, únicamente exige el cambio de pena cuando la misma se trate de aquellas de tipo corporal o de naturaleza capital, con lo cual no estaría expresamente previsto el caso de las condenas a prisión perpetua, el Tribunal había resuelto un año antes que esta última forma de castigo también debía entenderse comprendida en la limitación fijada en el estatuto, por fuerza del §11º del art. 153 de la constitución 1967/69 que establecía la prohibición tanto de la pena de muerte como de la prisión perpetua, razón por la cual entendió exigible la reserva del cambio por la pena máxima de 30 años [sentencia STF, Pleno, EXT 399/83, cit. (ementa y votos Mins. Moreira Alves Nº 3 y Néri da Silveira Nº 3, párr. 17º)].

Debe resaltarse que el STF abandonó posteriormente la formalidad mencionada aceptando las solicitudes de extradición sin reservas en cuanto a la pena imponible al extraditando. Ver en esta dirección: sentencias, STF, Pleno, EXT 426/85, cit. (decisión por mayoría); Pleno, EXT 429/Alemania, rel. Min. DJACI FAÇÃO, 11.12.1985 (RTJ 119/22; ementa, y voto Min. rel.); Pleno, EXT 439/Alemania, rel. Min. DJACI FALCÃO, 25.06.1986 (RTJ 119/483; ementa y voto Min. rel. párrs. 25º a 40º); Pleno, EXT 838/Alemania, rel. Min. SYDNEY SANCHES, 07.08.02 (DJU 21.02.30; ementa Nº 4 y voto Min. rel. Nº 3, con remisión al parecer del Ministerio Público, apoyado por la mayoría del tribunal; en contra los votos de la minoría, Mins. Corrêa, Celso de Mello y Sepúlveda Pertence); Pleno, EXT 793/República Francesa, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, septiembre de 2002 (*pendiente de publicación en el DJU*; ver Informativo del STF Nº 281, 9 a 13 de septiembre de 2002); Pleno, EXT 811/Perú, rel. Min. CELSO DE MELLO, 04.09.02 (DJU 28.02.03; con reserva de su voto en distinta orientación por parte del relator).

— El artículo 98 CTN

Por último, se debe analizar la tercera vía para reconocer la primacía de los tratados sobre la legislación que les sobrevenga, (3) el **art. 98 CTN (1966)**³⁷¹, a cuyo tenor “los tratados y convenciones internacionales revocan o modifican la legislación tributaria interna, y serán observados por la que les sobrevenga”. La disposición asegura, si bien en un ámbito concreto como lo es el de la legislación tributaria, la preeminencia de los acuerdos internacionales tanto anteriores como posteriores a las normas internas. El artículo es lo suficientemente amplio como para abarcar los distintos tipos de actos y convenio internacionales que pueden celebrarse. En principio, cabe decir que caen bajo su previsión no sólo los acuerdos estrictamente de naturaleza tributaria, sino también los tratados que a pesar de tener un contenido diverso conjugan además cláusulas referidas a los tributos. Ejemplo de ello son los tratados comerciales que contienen, por lo general, disposiciones sobre prohibición de discriminación de los productos importados en materia de impuestos internos respecto de los bienes similares nacionales (art. 7º del Tratado de Asunción).

Sobre la base del art. 98 CTN el STF ha otorgado aplicación prevalente al Tratado de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio³⁷² sobre las normas del decreto-lei 333/1967³⁷³ y, luego de un giro jurisprudencial³⁷⁴, sobre las del decreto-lei 1.111/1970 que fijaba un arancel a las todas las importaciones denominado “precio de referencia”³⁷⁵.

³⁷¹ Según Rezek, la prevalencia de los tratados pactada en dicho artículo del código tributario es legítima en tanto ha sido estipulada en una ley complementaria, lo que provoca que las leyes ordinarias incompatibles con aquéllos deberán de sucumbir, pero no en razón de infringir un acuerdo internacional sino por contraponerse a lo establecido en una norma de naturaleza complementaria (REZEK, José F., “Direito dos...”, cit., págs. 474 a 475; así también, AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do, op. cit., pág. 4).

³⁷² Tratado de la ALALC, aprobado por decreto legislativo 1, 02.02.1961 y promulgado por decreto 50.656, 24.06.1961; depósito del instrumento de ratificación: 2 de mayo de 1961.

³⁷³ Sentencia STF, 2ª turma, RE 71.957/RS, rel. Min. CARLOS THONPSON FLORES, 14.12.1971 [Aud. de Publ. de 08.03.72; ementa «*Azeite de oliva em bruto. Importação da Argentina. I. Sobre ela incidindo o Tratado da ALALC, isenta está do pagamento do L.P.I. e Taxa de despacho aduaneiro. Motivação. II. Aplicação do Decreto-Lei n. 37/66, art. 10 e 164, Resolução n. 186/66 da ALALC (Dec. n. 50.656/1961), e C.T.N., art. 98. Recurso não conhecido*», y voto Min. rel. El subrayado está en el original]. En este caso además del Tratado de la ALALC, el STF también aplicó la Resolución ALALC N° 186/1966, que entró en vigor el 1 de septiembre 1967.

³⁷⁴ En efecto, en un primer momento, la Suprema Corte había considerado que el régimen establecido en el decreto-lei 1.111/70 era de aplicación al comercio intra ALALAC [sentencias STF, 1ª turma, RE 90.108/SP, rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, 28.11.1978 (DJU 28.12.78; ementa «*Importação. Preço de referência. O art. 3º, § 2º do Decreto-lei nº 1.111/70 não exclui, da sujeição a tal mecanismo de controle, a importação originárias de país membro de ALALC. Dissídio jurisprudencial comprovado. Recurso conhecido, mas não provido*», y voto Min. rel.); 2ª turma, RE 90.110/RS, rel. Min. DJACI FALCÃO, 15.12.1978 (DJU 09.03.79; ementa, y voto Min. rel.); 1ª turma, RE 90.152/RS, rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, 20.03.1979 (DJU 06.04.79; ementa, y voto Min. rel.).

³⁷⁵ Sentencias STF, 1ª turma, RE 75.962/GU, rel. Min. ALIOMAR BALEEIRO, 12.02.1974 (Aud. de Publ. de 02.10.74; ementa, y voto Min. rel.); Pleno, RE 90.150/RS, rel. Min. CORDEIRO GUERRA, 25.06.1980

La regla contenida en el art. 98 CTN, sobre la superioridad normativa de los convenios con cláusulas sobre tributos, también ha sido aplicada a otros supuestos de tratados de integración, principalmente en hipótesis en las que se invocaban los acuerdos parciales nacidos bajo el cobijo del Tratado de la ALADI. En particular el punto litigioso, referido *ut supra*, enfrentaba, por un lado, las disposiciones del ACE-14 y su 1º Protocolo Modificatorio, que establecen un arancel del “0” % para las importaciones de trigo argentino y, por el otro, las de la portaria 939/1991, por la que se creó un impuesto del 9,2 % aplicable al comercio exterior de granos. Si bien es cierto que la portaria constituye una norma de jerarquía infralegal, no resulta ocioso recordar que el Superior Tribunal de Justicia se expidió en reiteradas ocasiones por la preeminencia del arancel regulado en los acuerdos de ALADI³⁷⁶. La misma doctrina ha sido aplicada por las jurisdicciones federales en los supuestos de incompatibilidad entre el ACE-2 (Brasil-Uruguay) y su 18º Protocolo Adicional (art. 10) y las previsiones del Reglamento Aduanero (art. 528)³⁷⁷.

La superioridad normativa que tiñe a los acuerdos internacionales sobre tributos también ha sido judicialmente reconocida con respecto a determinadas disposiciones del GATT; entre otras, las que hacen relación a la tarifa aduanera³⁷⁸ y al

(DJU 31.10.80; ementa «*Preço de referência. Importações originárias de países pertencentes à ALALC. Em face do artigo 48 do Tratado de Montevideu, à vista do qual se deve interpretar o § 2º do artigo 3º do Decreto-lei nº 1111/70, não se aplica o regime do preço de referência às importações originárias de países membros da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC). Recurso extraordinário conhecido e provido.*», y voto Min. rel. párrs. 2º a 7º); Pleno, RE 90.824/SP, rel. Min. MOREIRA ALVES, 25.06.1980 (DJU 19.09.80; ementa, voto Min. rel. Nº 2, párrs. 11º y 16º y aditamento de voto Nº 1, y voto y aditamento del Mins. Cordeiro Guerra).

³⁷⁶ «Tributario. Importação de trigo. Acordo de Complementação Económica nº 14 entre Brasil e Argentina. 1. A tratar do Protocolo modificativo do Acordo de Complementação Económica nº 14, estabelecido entre o Brasil e a Argentina e mandado executar pelo Decreto 125/91, versando o percentual aplicável sobre o valor de importação de trigo, a autoridade fiscal não pode ignorar a eficiência e vigência das condições acertadas. 2. Recurso improvido» [sentencias STJ, 1ª turma, REsp 78.172/CE, rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, 02.05.96 (DJU 03.06.96; ementa); 1ª turma, REsp 105.048/SP, rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, 17.04.97 (DJU 26.05.97; ementa); 1ª turma, REsp 139.709/SP, rel. Min. GARCIA VIEIRA, 20.11.97 (DJU 16.03.98; ementa); 2ª turma, REsp 104.944/98, cit. (ementa); 2ª turma, REsp 104.566/SP, rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, 06.04.99 (DJU 07.06.99; ementa)].

³⁷⁷ «TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO. EMISSÃO DE CERTIFICADO DE ORIGEM. DATA DO EMBARQUE. 1. O artigo 10 do 18º Protocolo Adicional ao Acordo de Complementação Económica nº 2 entre o Brasil e o Uruguai prevê que o Certificado de Origem deverá ter sido emitido o mais tardar na data do embarque da mercadoria amparada pelo mesmo. 2. Comprovado pelo contribuinte que na data efetiva do embarque já havia sido emitido o Certificado de Origem, não se abre espaço para a aplicação da ficção jurídica estabelecida no art. 528 do Regulamento Aduaneiro, pois prevalece a dicção da norma internacional em detrimento da legislação interna (art. 98 do CTN). 3. Apelo e remessa oficial improvidos» [sentencia TRF-4ºR, 2ª turma, AC 97.04.29757-2/RS, rel. Juiz João Pedro Gebran Neto, 17.08.00 (DJU Nº 239-E, 13.12.00 pág. 303; ementa, y voto Juiz rel. párrs. 1º, 4º, 5º y 6º)].

³⁷⁸ «IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO - IPI - VITAMINA “A” - ALIQUOTA ZERO - GATT. Os tratados e convenções internacionais integram a legislação tributaria interna (artigo 96, CTN), revogam-se e modificam-na (artigo 98, CTN). Constando do GATT o beneficio da aliquota zero para a vitamina “A” e seus derivados, a legislação

principio de no discriminación (GATT, art. III, parte II)³⁷⁹ en materia de tributación interna (en especial, ICM)³⁸⁰.

A pesar de su claridad, acerca de la jerarquía supralegal que debe garantizarse a los convenios internacionales, el art. 98 CTN ha sido objeto de una interpretación restrictiva, al punto de reconocerse que tal prevalencia no es susceptible de predicarse respecto de cualquier convenio de naturaleza tributaria. Como antes se apuntó, en el RE 80.004/SE el relator para el acuerdo, Min. Cunha Peixoto, interpretó que la distinción realizada por este artículo entre tratados y convenciones provoca que la preeminencia sólo pueda ser atribuida a los tratados contractuales y no a los de carácter normativo³⁸¹. En consecuencia, únicamente los convenios que el gobierno firma sobre un asunto concreto deberán ser observados por la legislación nacional, no así cuando el litigio enfrente disposiciones internas y acuerdos de tipo normativo, supuesto en el cual recobra vigencia la regla de la paridad normativa/*lex posteriori*³⁸². Ello a su vez se apoyó en el entendimiento de que la

interna não tem força para altera-lo. Precedentes. Recurso improvido» [sentencias STJ, 1ª turma, REsp 154.092/SP, rel. Min. JOSE DELGADO, 11.12.97 (DJU 02.03.98 pág. 43; ementa y voto Min. rel. párr. 8º); 1ª turma, REsp 129.280/SP, rel. Min. MILTON L. PEREIRA, 16.11.99 [DJU 27.03.00; ementa y voto Min. rel. párr. 3º].

³⁷⁹ Sentencias STJ, 2ª turma, REsp 1.532/89, cit. (ementa, y voto Min. rel.); 2ª turma, REsp 3.143/90, cit. (ementa «*Diploma legal [ley estadual 3991/83-SP] que há de ser interpretado em consonância com o princípio da equivalência de tratamento fiscal, consagrado no texto do GATT (Parte II, art. III), por força do qual as esenções tributárias que contemplam o similar nacional devem ser estendidas ao produto importado de países signatários do Tratado em apreço, sob pena de ofensa ao art. 98 do CTN é menos certo, entretanto, que, através de inúmeros pronunciamentos que se seguiram, o STF tem reconhecido, conquanto implicitamente, a constitucionalidade da mencionada norma complementar, ao admitir a preeminência do GATT sobre as leis tributárias dos Estados-membros*»).

³⁸⁰ «*ICM. Extensão de isenção a produto importado de país signatário do GATT sendo isento o similar nacional. Interpretação do §11 do artigo 23 da Carta Magna, na redação dada pela Emenda 23/83. [...] Ainda nos Estados em que a legislação local instituiu o ICM para essa hipótese de incidência permitida pela Emenda Constitucional nº 23/83, se também a legislação estadual concede esenção à saída de determinado produto, essa isenção se estende ao similar importado de país signatário do GATT, e isso porque aquela lei instituidora tem de ser interpretada, para não ofender o disposto no artigo 98 do C.T.N., como aplicável a todos os casos que não es ressalvados, em virtude de extensão de esenção, pelos tratados internacionais. Recurso extraordinário não conhecido*» [sentencias STF, 1ª turma, RE 113.701/87, cit. (ementa y voto Min. rel. párr. 6º); 1ª turma, RE 114.950/87, cit. (ementa y voto Min. rel. párr. 1º); 1ª turma, RE 115.773/88, cit. (ementa); 1ª turma, RE 114.063/91, cit. (ementa)].

³⁸¹ Sobre la clasificación entre tratados normativos y contractuales puede verse STRENGER, Irineu, op. cit., pág. 110.

³⁸² Esta tesis también es mantenida por Dollinger, quien entiende que la distinción entre ambas clases de acuerdos internacionales encuentra su base en el principio del derecho internacional *pacta sunt servanda*; según opina, el alcance de axioma posee mayor contenido o compromiso jurídico en aquellos convenios de naturaleza contractual, de allí que sólo frente a éstos es pertinente defender la imposibilidad de que una ley posterior provoque su inaplicación (DOLLINGER, Jacob, op. cit., págs. 103 a 104).

Reis critica acertadamente esta diferenciación como criterio para fundar la primacía de cierta categoría de tratados –acuerdos contractuales– sobre las leyes posteriores y negarla con relación a otra –acuerdos normativos– (REIS, Márcio Monteiro, “Mercosul, União Européia...”, cit., págs. 120 a 122). Celso de Albuquerque adopta la misma orientación apuntando que no existe dentro del derecho internacional público ninguna regla

posición contraria conllevaría una restricción tal a los poderes del congreso nacional que solamente la constitución podría establecerla³⁸³.

Tal limitación fue luego recogida y aplicada por la jurisprudencia del STJ. En particular, debe mencionarse la serie de acuerdos en torno al cobro del arancel denominado Adicional al Flete para la Renovación de la Marina Mercante (AFRMM), establecido por los decretos 2.404/1987 (art. 5, V, “c”) y 2.414/1988 sobre las importaciones originarias de los países signatarios del GATT. Los importadores se opusieron a dicho tributo invocando a su favor las disposiciones de aquel convenio en combinación con el art. 98 de la codificación tributaria. El STJ entendió que al ser el GATT un tratado “normativo” sus disposiciones no resultaban inmunes al régimen fijado en aquellos decretos; de esta manera, siendo de aplicación para esta hipótesis de incompatibilidad el principio de la sucesión normativa, resultaba legítimo el cobro del AFRMM, aún sobre el comercio proveniente de Estados del GATT. Además el mismo tribunal consideró que el beneficio de la exención impositiva requería de un requisito adicional, a saber que el acuerdo internacional excluya en forma expresa el pago del arancel en cuestión³⁸⁴.

A pesar de lo apuntado, desde antiguo la jurisprudencia del STF afirmó que el tratado constitutivo del GATT debe incluirse dentro de los “acuerdos contratos”³⁸⁵.

que otorgue jerarquía únicamente a una clase de acuerdos a partir de considerarlos “tratados leyes” o “tratados contratos” (MELLO, Celso D. de Albuquerque, “O Direito Internacional Público no Direito Brasileiro”, en “Dimensão Internacional do Direito”, Estudos em homenagem a Geraldo E. do Nascimento e Silva, ed. LTr, São Paulo, 2000, págs. 305 a 306). Ver también, AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do, op. cit., pág. 5.

³⁸³ En idéntica posición se enroló el dictamen del Min. Carlos Madeira (relator) en el RE 109.173/SP, para quien no resulta justificada la invocación del art. 98 CTN a fin de mantener el principio de la primacía de los convenios internacionales sobre la legislación interna posterior, ante la falta de cláusulas constitucionales que establezcan restricciones al poder legislativo [sentencia STF, 2ª turma, RE 109.173/87, cit. (voto Min. rel. párr. 6º, acompañado por la turma)].

³⁸⁴ «*TRIBUTARIO. ISENÇÃO DO AFRMM EM RELAÇÃO A MERCADORIAS IMPORTADAS SOB A EGIDE DO GATT. IMPOSSIBILIDADE. O mandamento contido no artigo 98 do CTN não atribui ascendência às normas de direito internacional em detrimento do direito positivo interno, mas, ao revés, posiciona-as em nível idêntico, conferindo-lhe efeitos semelhantes. O artigo 98 do CTN, ao preceituar que tratado ou convenção não são revogados por lei tributária interna, refere-se aos acordos firmados pelo Brasil a propósito de assuntos específicos e só é aplicável aos tratados de natureza contratual. Se o ato internacional não estabelecer, de forma expressa, a desobrigação de contribuições para a intervenção no domínio econômico, inexistente isenção pertinente ao AFRMM. Recurso a que se nega provimento. Decisão indiscrepante*» [sentencias STJ, 1ª turma, REsp 37.065/93, cit. (ementa, y voto Min. rel. párrs. 8º a 12º, con cita del voto Min. Cunha Peixotto en RE 80.004/SE, y 13º); 1ª turma, REsp 41.331/94, cit. (ementa, y voto Min. rel.); 1ª turma, REsp 34.932/93, cit. (ementa y voto Min. rel. párr. 6º); 1ª turma, REsp 196.560/RJ, rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, 18.03.99 (DJU 10.05.99; ementa párrs. 2º y 3º y voto Min. rel. párrs. 1º, 6º, 8º, 10º a 12º, 14º y 18º)].

³⁸⁵ En varios pasajes de su voto, el relator del RE 82.509/SP dejó expresa mención a la naturaleza contractual del convenio del GATT: sentencia STF, 2ª turma, RE 82.509/76, cit. [voto Min. rel. párrs. 2º («*Examinando as vantagens asseguradas pelo GATT – tratado-contrato que está em vigor no Brasil -...*») y 5º («*deixa de*

Luego de este relevamiento jurisprudencial resulta claro que ninguno de los tres criterios, a partir de los cuales es posible sostener la prevalencia de los acuerdos internacionales sobre la legislación brasileña posterior, ofrece una solución segura e incuestionable; todos han sufridos matizaciones, cuando no excepciones, por parte de la misma jurisprudencia que los ha elaborado. Se hace necesario por ello definir un razonamiento hermenéutico que, además de superar las respuestas que sólo abarcan ciertas ramas del derecho, ubique el fundamento mismo de la superioridad jerárquica de los tratados en su carácter de normas diferentes de las de origen estatal.

iii) Criterios doctrinarios sobre el reconocimiento de la primacía del derecho internacional sobre la ley interna posterior

No existe entre los autores una posición pacífica acerca de la orientación que debe seguirse en los supuestos de incompatibilidad entre un tratado y una ley posterior.

Entre aquellos que son partidarios de la prevalencia de los acuerdos internacionales sobre la legislación interna se encuentran: Accioly, Azevedo, Atunes Rocha, Câmara, Cárcomo Lobo, Celso de Albuquerque, Garcia Júnior, Ives Gandra, Mazzuoli, Nascimento e Silva, Nakayama y Ribeiro, Paraíso Rocha, Tôrres³⁸⁶.

existir em face do tratado-contrato que é o GATT.»), ver también párr. 7º; acompañado por la turma]. En igual sentido, sentencias STF, 2ª turma, RE 113.156/SP, rel. Min. CARLOS MADEIRA, 26.06.1987 (RTJ 124/347; voto Min. rel. párr. 2º); 2ª turma, RE 113.150/SP, rel. Min. CARLOS MADEIRA, 30.06.1987 (RTJ 125/837; ementa y voto Min. rel. párr. 3º).

³⁸⁶ ACCIOLY, Hildebrando, "Tratado de Direito...", cit., vol. 1, págs. 47 a 48 y 581 a 582 (en base a la jurisprudencia de los tribunales internacionales y el principio de la responsabilidad de los Estados, y a la naturaleza contractual de los tratados); *del mismo autor*, "Manual de Direito Internacional Público", 5ª edição, ed. Saraiva, São Paulo, 1961, págs. 6 a 7 (por la naturaleza de ley especial de los tratados); AZEVEDO, Philadelpho, "El conflicto de interpretación...", cit., págs. 161 a 164; *del mismo autor*, "Os tratados e os interesses...", cit., págs. 19 a 28 (llega a esta conclusión a partir de la jurisprudencia del STF, de la doctrina y de algunas disposiciones propias del derecho interno, como el art. 12 de la ley 2.416, de extradición, 1911; art. 12 "Publicada esta lei, será o seu texto enviado a todas as nações com as quaes o Brasil mantém relações e serão denunciados todos os tratados de extradição ainda vigentes"); ANTUNES ROCHA, Cármen L., op. cit., pág. 32; CÂMARA, José Sette, op. cit., pág. 69 (por la doctrina y los antiguos precedentes del STF); LOBO, María T. de Almeida Cárcomo, "O direito da integração...", cit., págs. 285, 293, 294 y 297 a 298 (con especial referencia a los tratados de ALADI y del Mercosur); MELLO, Celso D. de Albuquerque, op. cit., págs. 298, 299, 302 y 306; GARCIA JÚNIOR, Armando Alvares, op. cit., págs. 218 a 219; MARTINS, Ives Gandra da Silva, "Orientação da...", cit., pág. 117; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, "Direitos Humanos & Relações...", cit., págs. 148 a 153 y 186; *del mismo autor*, "Direito Internacional. Tratados...", cit., págs. 137 a 140, 146 a 147 y 149; *idem*, "O STF e os conflitos entre...", cit.; ACCIOLY, Hildebrando-NASCIMENTO E SILVA, Geraldo E. do, op. cit., pág. 60; NAKAYAMA, Juliana Kiyosen-RIBEIRO, Maria de Fátima, op. cit., págs. 694 y 711; PARAÍSO ROCHA, Roberto, op. cit., págs. 513 y 514; TÔRRES, Heleno, op. cit., págs. 571 a 574, 576 a 577 y 586;

Entre los que mantienen la igualdad jerárquica de los tratados internacionales y las leyes nacionales, con la consiguiente aplicación en caso de conflicto del principio de la *lex posteriori*, aún cuando ello conlleve en los hechos la inaplicación de un tratado, es posible mencionar a: Amaral Júnior, Baptista, Borges, Cassone, de Oliveira, Fontoura, Pereira, Rezek, Strenger, X. Rocha³⁸⁷.

El análisis de la doctrina judicial y la posición que hasta la fecha parece ser mayoritaria no impide el ejercicio académico de elaborar pautas jurídicas a partir de las cuales poder reconocer la prevalencia de los acuerdos internacionales sobre las normas legales, incluidas las posteriores. Lo que, por otro lado, no parece estar muy lejano en el horizonte judicial, en particular, en lo que se relaciona con el proceso de integración en el Mercosur.

Son varios los argumentos que pueden utilizarse para sostener la prevalencia de las disposiciones internacionales frente a las normas internas de naturaleza legislativa. Los fundamentos tienen su origen en el ordenamiento nacional (A) e internacional (B).

— *Argumentos de derecho interno.*
El principio del acto complejo federal y otros

(A) Las razones pertenecientes al derecho interno pueden ser a su vez divididas en aquellas de orden constitucional (A-I) y aquellas de rango legal (A-II).

(A-I) El tenor de las *normas fundamentales* ofrece importantes argumentos a fin de mantener la superioridad de las reglas del derecho internacional. En primer lugar (1), el preámbulo mismo proclama que el país se encuentra comprometido “en el orden... internacional, con la solución pacífica de las controversias”. Ha sido el propio constituyente el que ha optado por limitar la actividad de los poderes constituidos de manera que, al menos en lo que acontece con la legisla-

³⁸⁷ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do, op. cit., págs. 3, 4, 10 y 11; BAPTISTA, Luiz Olavo, “Inserção das normas do Mercosul...”, cit., pág. 395; *del mismo autor*, “Inserção das normas emanadas dos órgãos do Mercosul no ordenamento jurídico brasileiro”, documento presentado en el marco de la Jornada sobre Incorporación de la normativa Mercosur al ordenamiento interno de los Estados miembros, organizada por el Comité de Asuntos Latinoamericanos del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales [CARI], Buenos Aires, 1998, recopilación del CARI, comunicación N° 27, pág. 185; *idem*, “Aplicação das normas...”, cit., pág. 35; BORGES, José A., “Mercosul...”, cit., pág. 45 (apoya su posición en los arts. 102, III, “b”, y 105, III, “a”, de la constitución); CASSONE, Vittorio, op. cit., pág. 575; OLIVEIRA, Regis Fernandes de, op. cit., págs. 240 y 242; FONTOURA, Jorge, “Asimetrías constitucionales...”, cit., punto 2 (en base a los arts. 105, III, “a”, de la constitución, y 2° de la LICC); PEREIRA, Luis Cezar Ramos, op. cit., pág. 38; REZEK, José F., “Direito Internacional...”, cit., págs. 104; STRENGER, Irineu, op. cit., págs. 113 y 114; XIMENES ROCHA, Fernando L., op. cit., pág. 79 (a tenor de los arts. 102, III, “b”, de la constitución). Ver también, Documento “Incorporação das normas emanadas dos órgãos do Mercosul no ordenamento jurídico brasileiro”, presentado por la Delegación de Brasil en el marco de la XIIª Reunión Extraordinaria del GMC (Montevideo, 26 y 27 de agosto de 1996; Acta 1/96 Ext. “reservada”), pág. 4.

ción de rango legal, sean observados y respetados los compromisos que el Estado brasileño haya decidido contraer con otros sujetos de la comunidad internacional. Por imperio de la constitución el relacionamiento externo de la nación ha de estar vinculado a la resolución pacífica de los conflictos. Ahora bien, difícilmente pueda declararse que surge como medida constitucionalmente válida y en sintonía con el mandato preambular, el hecho de que uno de los poderes del Estado, cuyas facultades son de naturaleza derivada respecto del legislador primario, sancione una norma posterior que violente lo acordado en un tratado anteriormente aceptado (congreso), o convalide dicha transgresión (judiciario). Ello dista de observar el compromiso constitucional de solucionar las controversias de manera pacífica. Una forma de concretar este imperativo constitucional es respetar los causes que el ordenamiento jurídico ha regulado al respecto; en otras palabras, la actitud que viene exigida por la carta magna en el caso en el que se decida disvincularse de un acuerdo internacional es, en cuanto al congreso, en concordancia con el poder administrador, poner en marcha el mecanismo de denuncia o intentar que el resto de las partes consienta reservas al tratado y, en cuanto al órgano judicial, invalidar o suspender la aplicación de las normas internas que conlleven una denuncia disimulada de un convenio internacional o que de alguna forma lleven a incumplirlo.

La afirmación del preámbulo resulta plasmada y desarrollada en el articulado del texto, principalmente, a partir del art. 4º ubicado en el capítulo dedicado a los “principios constitucionales” (2). Varias son las reglas que por imperio constitucional deben ser respetadas por los poderes del Estado en los supuestos que se vinculen con las relaciones internacionales. Entre los parámetros de actuación mencionados por la norma destacan los principios de derecho internacional de “igualdad entre los Estados” y de “solución pacífica de las controversias” (art. 4º, V y VII). Tales disposiciones aseguran que en los casos en los que Brasil decida soberanamente (arts. 1º, I, y 4º, I, III y IV, constitución) obligarse a través de una norma de derecho internacional, en especial de carácter convencional, debe observar en los actos posteriores de los órganos constituidos los principios del art. 4º, los que exigen el respeto por la igualdad entre los países, la cual se resiente –sin dudas– con la posibilidad de que a través de un acto unilateral posterior se incumpla lo acordado con otro Estado. El acto interno que provoque la inobservancia no justificada de una obligación internacionalmente concertada resulta, más allá del ilícito a nivel interestatal, una violación solapada al deber constitucional de respetar la igualdad jurídica de los pares³⁸⁸. La aplicación prevalente de una normas legal interna posterior a un acuerdo internacional significa en los hechos la impo-

³⁸⁸ En su comentario al art. 4º, V, Slaibi considera que “[a] igualdade entre os Estados é princípio básico do direito internacional que considera, como partes em iguais condições, todos os sujeitos de direito internacional, visando fazer valer a regra *pacta sunt servanda*” (SLAIBI FILHO, Nagib, op. cit., pág. 274).

sición del ordenamiento nacional a otro sujeto (Estado) que la constitución reconoce estar en la misma posición jurídica que el Estado brasileño. Es suficiente para incurrir en la infracción constitucional descrita el poner en causa la vigencia y cumplimiento de la norma internacional. Esta situación, además, difícilmente respeta otro mandato del art. 4º, a saber el principio de la “cooperación entre los pueblos” tendiente al logro del progreso de la comunidad mundial (art. 4º, IX).

También reviste naturaleza constitucional la respuesta al argumento de la igualdad normativa –entre los tratados y las leyes– que la jurisprudencia y la doctrina ha pretendido extraer del art. 102, III, “b”, de la carta magna (3). En primer término, lo que dicha norma esclarece es que, además de la competencia originaria que el Supremo Tribunal tiene para entender en la impugnación constitucional de las leyes y los tratados (art. 102, I, “a”), tal prerrogativa también le es otorgada en las hipótesis de apelación extraordinaria contra las decisiones de las instancias anteriores que declaren inconstitucional un acuerdo internacional o una ley. Ambas disposiciones del art. 102, y sus concordantes de los arts. 105 y 109, demuestran la facultad del poder judicial de controlar la compatibilidad constitucional bien de los tratados, bien de los actos legislativos del congreso. Ello no significa automáticamente que ambos tipos de normas se encuentren en sus relaciones recíprocas en el mismo rango jerárquico; a lo sumo, sí es posible extraer que es un imperativo constitucional su ajuste al sistema de la Carta. La necesidad de que exista concordancia entre las medidas legislativas y los tratados con relación al texto constitucional traduce la voluntad del constituyente de colocar a este último en la cúspide del ordenamiento aplicable en Brasil, pero ello resulta independiente de la solución que debe aplicarse a las diferencias internormativas infraconstitucionales. El artículo en cuestión regula, sin dudas, la vinculatoriedad que existe entre la constitución, por un lado, y los convenios internacionales y las leyes, por el otro; nada dice esta disposición acerca del nivel normativo que cada uno de éstos ocupa. Del hecho que las leyes y los tratados tengan en relación a la constitución una posición inferior, no es posible deducir que, salvada esta prevalencia, ambos se ubiquen inmediatamente en la misma grada jerárquica.

De aceptarse la tesis de la equiparación sobre la base alegada se llegaría al absurdo de que cada vez que una disposición constitucional se refiere en un mismo párrafo a dos tipos de normas éstas estarían equiparadas jerárquicamente³⁸⁹. Además la constitución no se refiere a los tratados en cada oportunidad que lo hace a las leyes del congreso.

³⁸⁹ Así por ejemplo, cuando: (i) el art. 84, IV, otorga competencias al presidente para sancionar, promulgar y publicar las leyes y, al mismo tiempo, para emitir los decretos y reglamentos necesarios para la ejecución de aquéllas (ver también art. 87, II); (ii) el art. 97 se refiere a la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad de “ley o acto normativo del poder público”; (iii) el art. 102 otorga competencias al STF para expedirse, en

La distinción que debe reconocerse entre los acuerdos internacionales y las leyes internas viene confirmada por el art. 52 de la constitución, cuyo inciso X dispone que compete exclusivamente al Senado federal “suspender la ejecución, en todo o en parte, de la ley declarada inconstitucional por decisión definitiva del Supremo Tribunal Federal”; es éste un argumento adicional que respalda la teoría de la igualdad normativa. Al mismo tiempo, si la norma declarada inconstitucional por la Suprema Corte es un tratado, el poder constitucionalmente competente para iniciar y llevar a cabo la desvinculación con el resto de las partes contratantes, es decir el procedimiento de la denuncia, es el Ejecutivo y no el Senado. Este argumento se mantiene aún cuando se argumente que el Senado puede –en este supuesto– decidir la suspensión del decreto legislativo que aprobó en su momento el tratado en cuestión, puesto que a pesar de tal suspensión el tratado continuará rigiendo –al menos– en el ámbito internacional hasta tanto el poder ejecutivo inicie los trámites de denuncia.

Sólo a partir de una censura total de los primeros artículos del texto constitucional sería acertado afirmar que la ley fundamental contiene una laguna en materia de prelación de los tratados sobre las disposiciones de rango legal.

La base constitucional para mantener la primacía de los tratados se ensancha con la consideración del art. 178³⁹⁰ que prescribe que las leyes dispondrán sobre la ordenación del transporte aéreo, acuático y terrestre, debiendo en los casos de transporte internacional “observar los acuerdos firmados por la Unión”³⁹¹ y la regla

forma originaria, sobre las ADIn contra “ley o acto normativo federal o estadual” (I, “a”), y por apelación, de las sentencias que convalidan una “ley o acto de gobierno local” impugnado en base a la carta fundamental (III, “c”); (iv) el art. 105, III, “b”, coloca dentro de las prerrogativas del STJ entender de los recursos especiales contra decisiones que confirmen una “ley o acto de gobierno local” denunciado como contrario a una ley federal y, por último, (v) el art. 125, §2º, reconoce como competencia estadual la posibilidad de regular, dentro de la justicia local, el recurso de representación de inconstitucionalidad de las “leyes o actos normativos estaduais o municipales” respecto de la constitución de ese Estado; debería concluirse que todas estas disposiciones estarían otorgando el mismo escalón normativo a los distintos actos jurídicos mencionados en cada pasaje.

³⁹⁰ Según la redacción dada por la EC 7/1995, de 15 de agosto (DOU 16.08.95).

³⁹¹ Con relación a esta norma se encuentra *pendiente* ante el STF la ADIn 1.600/UF (rel. Min. Sydney Sanches), iniciada por el Procurador General, contra ciertas disposiciones de la Ley Complementaria 87/1996, de 13 de septiembre (LC 87/96, DOU 16.09.96, pág. 18.261) que instituye el ICMS. Luego del voto del Min. relator, declarando improcedente la acción, el Min. Nelson Jobim emitió su parecer en el sentido de juzgarla procedente –en forma parcial– en lo que respecta a la inconstitucionalidad del cobro del ICMS sobre los servicios de transporte aéreo de pasajeros intermunicipal, interestadual e internacional y de transporte internacional de cargas, por considerar que el mecanismo ideado es «*inconsistente*» pues hace imposible la distribución del impuesto entre los estados locales. El mismo juez agregó que la LC 87/96 es además constitucionalmente censurable en lo que se refiere a la incidencia del ICMS sobre los servicios de transporte internacional de cargas pues ello viola el principio de igualdad (arts. 150, II, constitución), toda vez que las empresas extranjeras que actúan en Brasil, a diferencia de las empresas locales, estarían exentas de tributar el impuesto en virtud de los «*tratados internacionales*» que se han firmado. La opinión del Min. Jobim fue acompañada por el voto de los Mins. Ellen Gracie, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão. Habiendo emitido su voto el Min. Marco Aurélio el proceso se encuentra suspendido en virtud del pedido de vista del Min. Celso de Mello (ver los

de la reciprocidad³⁹² (4). Aún cuando el imperativo constitucional del respeto de los tratados esté referido al sector de los transportes, lo cierto es que suma un fundamento adicional a la tesis de la prevalencia de los acuerdos internacionales; especialmente si se repara en que el mandato está dirigido a las leyes que sigan temporalmente a los tratados alcanzados. Ello resulta a su vez confirmado, con inclusión expresa de las normas de naturaleza complementaria, por lo prescripto en el art. 192, III, “b”, del texto primario, al mencionar que el sistema financiero nacional será objeto de regulación por ley complementaria que versará, entre otros, sobre las condiciones para la participación del capital extranjero en las instituciones financieras (banca, seguros, seguridad y capitalización; incisos I y II), teniendo en vista en particular, además de los intereses nacionales, “los acuerdos internacionales”³⁹³.

También los artículos constitucionales que definen las competencias de cada uno de los poderes en materia de relacionamiento externo, en especial los arts. 49 y 84, ofrecen respaldo (5). En efecto, es difícil concebir que el legislador constituyente, por un lado, otorgó facultades a determinados órganos del Estado para obligar internacionalmente a la nación y, por el otro, les reconoció – paralelamente– la potestad constitucional para infringir los convenios concertados en ejercicio de aquellas prerrogativas. Por el contrario, resulta más acorde con la voluntad del constituyente interpretar que la carta magna ofrece a los departamentos correspondientes del Estado la posibilidad de acordar con otros sujetos en la esfera internacional, y concomitantemente, el deber de limitar, en forma paralela y en los ámbitos alcanzados por el contrato externo, el ejercicio de las competencias propias. En última instancia, queda en los poderes constituidos el aceptar dicha limitación.

Existe otro argumento que invalida la doctrina de la equiparación y la *lex posteriori*, que surge de los arts. 49, I, y 84, VIII, en combinación con otros principios constitucionales. Según la jurisprudencia de la Suprema Corte el mecanismo de concertación de los tratados internacionales tiene como resultado la emisión de un *acto subjetivamente complejo* (6)³⁹⁴, en virtud de la necesaria participación de

Informativos del STF N° 132, 16 a 20 de noviembre de 1998; 218, 19 de febrero a 2 de marzo de 2001; 219, 5 a 9 de marzo de 2001, y 221, 19 a 23 de marzo de 2001).

³⁹² Ver también, REIS, Márcio Monteiro, “Mercosul, União Européia...”, cit., pág. 119.

³⁹³ En forma concordante, el art. 52 de los Actos de las Disposiciones Constitucionales Transitorias, luego de fijar que hasta tanto sea dictada la reglamentación complementaria queda vedada la instalación de nuevas agencias de instituciones financieras de empresas extranjeras o el aumento de su participación, establece que dicha prohibición no será aplicable a las autorizaciones resultantes de “acuerdos internacionales”, de actos fundados en la reciprocidad o del interés del gobierno nacional.

³⁹⁴ «O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um **ato subjetivamente complexo**, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacio-

los poderes ejecutivo y legislativo³⁹⁵. Dicho acto constituye una manifestación normativa de naturaleza federalmente compleja, calificada por los sujetos intervinientes en su emisión. “Complejo”, pues resulta imprescindible la voluntad de dos departamentos del Estado, el ejecutivo y el congreso, expresada por cada uno de ellos en su momento y por los causes fijados por el ordenamiento. “Federal”, por cuanto se encuentra dentro del exclusivo resorte competencial de las autoridades de la Unión, es decir del gobierno nacional. Ahora bien, al rechazarse que un acuerdo internacional sea de aplicación prevalente frente a una ley posterior, se legitima que la voluntad unilateral de uno de los poderes del Estado (legislativo) tenga la prerrogativa de revocar, derogar o inaplicar, un acto en cuya celebración participó otro de los poderes gubernamentales (ejecutivo) en igualdad de rango y con las mismas facultades. La consecuencia de tal obrar conlleva una intromisión del primero en la esfera de atribuciones del segundo, quebrantando así el principio constitucional de la división de poderes (art. 2º, constitución³⁹⁶). A este razonamiento podría responderse que –en última instancia– el jefe de Estado tiene a su alcance vetar la ley que infringe un tratado, con lo cual se repara el desequilibrio funcional provocado por el acto congresional; la ausencia del veto presidencial significa una convalidación –por omisión– del ejecutivo, respetándose así también la división de poderes. No obstante, el contra-argumento radica en que el congreso tiene la posibilidad de levantar la objeción presidencial insistiendo con la ley en cuestión, con el voto de la mayoría absoluta de cada cámara³⁹⁷; ello restablece la situación violatoria de la distribución competencial entre los órganos del Estado³⁹⁸. En definitiva, la revocación de un tratado internacional por una ley del congreso altera en esencia el equilibrio armónico de funciones que debe estar presente en todo Estado Democrático de Derecho (art. 1º, constitución).

nal (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgarlos mediante decreto» [sentencia STF, Pleno, ADIn MC 1.480/97, cit. (ementa apart. 1º, párr. 2º y voto Min. rel. párr. 58º. La negrita no es del original)].

³⁹⁵ Cfs. BORJA, Sérgio, “O Mercosul pela ótica do direito constitucional...”, cit., pág. 339; *del mismo autor*, “A incorporação de tratados...”, cit., pág. 111; *idem*, “Teoria Geral dos Tratados...”, cit., págs. 65 a 66; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, “Direitos Humanos & Relações...”, cit., págs. 75 y 175; REZEK, José F., “Direito Internacional...”, cit., pág. 69; SHECAIRA, Sergio Salomão, op. cit., pág. 27.

³⁹⁶ Constitución, art. 2º “Son Poderes de la Unión, independientes y armónicos entre si, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial”.

³⁹⁷ Constitución, arts. 66, §§4º, 5º y 6º (con la redacción dada por la EC 32/2001, de 11 de septiembre) y 57, §3º, IV.

³⁹⁸ El Min. Cunha Peixoto, en su voto en el RE 80.004/SE, adelantó un parecer similar, más allá de mantener, en definitiva, la posibilidad de que una ley posterior pueda revocar un tratado. Consideró en aquella oportunidad que «*não existe, na Constituição, nenhum dispositivo que impeça ao membro do Congresso apresentar projeto que revogue, tácita ou expressamente, uma lei que tenha sua origem em um tratado. Pode o Presidente da República vetar o projeto, se aprovado pelo Congresso, mas também seu veto pode ser recusado*» [sentencia STF, Pleno, RE 80.004/77, cit. (primer voto Min. Cunha Peixoto Nº 7 párr. 4º)].

Resulta sumamente “dudoso” sostener, a partir del argumento jurisprudencial del *silencio normativo*, que la voluntad del legislador de la CF 1988 haya sido autorizar a uno de los órganos superiores del Estado a colocar al país en una situación de incumplimiento del derecho internacional al cual de forma soberana y autónoma se sometió.

El juez nacional al posibilitar que una disposición legal posterior provoque la inaplicación de un tratado internacional, convalida formalmente un quiebre en el sistema jurídico, al tiempo que vulnera también con su actitud los mandatos de la constitución y su deber más esencial (7). Aún cuando, técnicamente, una ley que sucede a un acuerdo internacional y se presenta con él incompatible no lo revoca sino que afecta su vigencia, hasta tanto la norma nacional sea derogada, en los hechos esto ocasiona el incumplimiento de un convenio firmado por el Estado. Al aceptar el principio de la posterioridad temporal, como criterio judicial para resolver el conflicto normativo, el juez está subvirtiendo por su propia autoridad el orden jurídico, que tan sólo permite la denuncia del tratado, como único medio para evitar su aplicación al caso. Por otro lado, paralelamente, la jurisprudencia sentada en esta dirección infringe otras normas de la constitución, entre ellas los arts. 2º, al no respetarse la división de poderes y 5º, XXXV, pues desatiende el deber de evitar, o en su caso reparar, la amenaza o lesión de los derechos de los particulares y, por último, vulnera también el principio constitucional de administrar justicia, puesto que difícilmente la alteración del ordenamiento vigente, por mecanismos impropios, encuentre amparo en la CF 1988. Se atenta con ello a lo prescripto por el art. 1º de la constitución que proclama a la República de Brasil como un Estado democrático “de Derecho”.

A los fundamentos de orden constitucional se suman *razones legales* (B-I) que confirman la preeminencia del derecho internacional. Una de las disposiciones más importantes, con carácter de norma complementaria, es el art. 98 del CTN³⁹⁹, cuya recepción constitucional en el art. 146 de la carta política aumenta su respaldo normativo (8). Dicha disposición, que establece la superioridad de los tratados en materia tributaria, resulta un argumento adicional que, sin perjuicio de su limitación material, puede ser de aplicación en combinación con la interpretación reseñada *ut supra*. Resulta pertinente recordar que el Min. Cunha Peixoto, en el parecer labrado para el acuerdo en el RE 80.004/SE, mantuvo que la restricción que dicho artículo impone al congreso únicamente reviste validez a partir de su asiento en el propio texto constitucional, por lo cual hacerlo extensible a otras ramas del derecho diferentes del tributario conlleva una limitación inconstitucional a las atribuciones del parlamento nacional. En la actualidad esta construcción

³⁹⁹ Dicho artículo había sido uno de los argumentos esgrimidos por el Min. Xavier de Albuquerque en su voto vencido, como relator originario del RE 80.004/SE citado.

doctrinal puede ser contestada a partir de la tesis del respaldo constitucional que la regla de la supremacía de los acuerdos externos tiene en el texto fundamental. La restricción para el congreso que se desprende del art. 98 CTN encuentra justificación tanto en las disposiciones expresas de la constitución (art. 146)⁴⁰⁰ como en los principios que la informan y que ella misma proclama en su primera parte⁴⁰¹.

La afirmación de la supremacía legal de los acuerdos internacionales surge también de otra norma codificadora: el código aeronáutico (9). Varias de sus disposiciones traducen este principio, particularmente si se repara en el orden en que están mencionados los tratados y la legislación nacional y las excepciones que se establecen a esta última en virtud de lo acordado internacionalmente: arts. 1º, 14, 203, “a” y “b” y 213⁴⁰². También el art. 2º de la ley 8.884 (CADE) contiene, aunque en menor medida, una limitación a la legislación en virtud de lo establecido en los convenios de los que el Estado sea parte⁴⁰³.

Uno de los pilares de la doctrina de la equiparación/*lex posteriori* se encuentra en el inc. 1º del art. 2º de la LICC, con las salvedades reguladas en el inciso posterior⁴⁰⁴. La debilidad de este argumento se vislumbra al repararse que, a pesar de ser la LICC una norma sobre principios de interpretación lo que le otorga vocación para abarcar las distintas ramas del ordenamiento jurídico, ella se

⁴⁰⁰ Así también, REIS, Márcio Monteiro, “Mercosul, União Européia...”, cit., págs. 116 a 117.

El respaldo constitucional del art. 98 ha sido sostenido también por la jurisprudencia del STJ desde sus primeros pronunciamientos; ver entre otras, sentencias 2ª turma, REsp 846/SP, rel. Min. ILMAR GALVÃO, 05.02.1990 (RSTJ 10/354; voto Min. rel. párr. 13º y voto Min. C. Velloso párrs. 3º a 5º); 2ª turma, REsp 1.966/SP, rel. Min. ILMAR GALVÃO, 14.03.1990 (RSTJ 14/311; voto Min. rel. párr. 13º y voto Min. C. Velloso párr. 1º).

⁴⁰¹ El art. 98 CTN ha sido objeto de debates acerca de su constitucionalidad (NAKAYAMA, Juliana Kiyosen-RIBEIRO, María de Fátima, op. cit., pág. 697). Entre quienes han mantenido su desajuste con el texto fundamental cabe citar a BORGES, José A., “Mercosul...”, cit., pág. 45.

⁴⁰² Código aeronáutico, arts. 1º: “El Derecho Aeronáutico es regulado por los Tratados, Convenciones y Actos Internacionales de los que el Brasil sea parte, por este Código y por la legislación complementaria”; 14 “En el tráfico de aeronaves en el espacio aéreo brasileño, se observarán las disposiciones establecidas en los Convenciones y Actos Internacionales de los que el Brasil sea parte (artículo 1º, §1º), en este Código (artículo 1º, §2º) y en la legislación complementaria (artículo 1º, § 3º)”; 203 “Los servicios de transporte aéreo público internacional pueden ser realizados por empresas nacionales o extranjeras. Párrafo único. La explotación de estos servicios se sujetará: a) las disposiciones de los tratados o acuerdos bilaterales vigentes con los respectivos Estados y el Brasil; b) a falta de estos, por lo dispuesto en este Código”, y 213 “Toda modificación que envuelva equipamiento, horario, frecuencia y escalas en el Territorio Nacional, así como la suspensión provisoria o definitiva de los servicios y el restablecimiento de escalas autorizadas, dependerá de autorización de la autoridad aeronáutica, si no fuera establecido de modo diferente en Acuerdo Bilateral”.

⁴⁰³ Ley 8.884, Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE), y prevención y represión de las infracciones contra el orden económico, 11.06.94 (DOU 13.06.94), art. 2º “Esta ley se aplica, sin perjuicio de las convenciones y tratados de los que sea signatario Brasil, a las prácticas cometidas en todo o en parte del territorio nacional o que en él produzcan o puedan producir efectos”.

⁴⁰⁴ LICC, art. 2º “[...] §1º. La ley posterior revoca la anterior cuando expresamente lo declare, cuando sea con ella incompatible o cuando regule enteramente la materia de que trataba la ley anterior. §2º. La ley nueva, que establezca disposiciones generales o especiales además de las ya existentes, no revoca ni modifica la ley anterior”.

encuentra dirigida al derecho interno, estando vedado a cualquiera de los tres poderes del Estado, *so pena* de violación del art. 4º de la constitución, extender su aplicación a cuestiones vinculadas con la vigencia y el cumplimiento de un tratado internacional. La solución normativa aportada por la LICC esta encaminada a resolver conflictos de naturaleza meramente interna, es decir incompatibilidades entre reglas pertenecientes al derecho nacional brasileño, pero no en relación al derecho internacional. Además la propia carta política establece, dentro del capítulo dedicado a los fundamentos constitucionales, que Brasil se regirá, en sus relaciones con el resto de los países, por el principio de la igualdad entre los Estados. Ahora bien, la afectación de la aplicabilidad de una norma internacional, a la cual el Estado previa y soberanamente se obligó, por la sanción de una disposición legal posterior, violenta la paridad interestatal, predicada en forma explícita por el texto constitucional. La interpretación antes reseñada colocaría al art. 2º LICC en abierta contradicción con la carta magna (10).

— *Argumentos de derecho internacional.*
Las Convenciones de La Habana y de Viena

(B) A los fundamentos anteriores resta agregar aquellos de origen *internacional*, los que pueden tener raíz positiva (B-I) o consuetudinaria (B-II).

Para comenzar (B-I) Brasil ha celebrado, firmado, aprobado y ratificado (y promulgado) la Convención sobre Tratados de La Habana (1928), la cual aún se mantienen en vigor para dicho Estado. Según su art. 10 “[n]ingún Estado puede eximirse de las obligaciones del Tratado o modificar sus estipulaciones sino con el acuerdo, pacíficamente obtenido, de los otros contratantes” (11).

Esta disposición se encuentra fundada en la naturaleza contractual de los tratados internacionales, es decir en su carácter de norma bi o multilateral, conformada a partir de la voluntad de más de un sujeto de derecho, cada uno de ellos en paridad de condiciones. Existe antes y luego de la aprobación de un acuerdo internacional una igualdad jurídica entre los contratantes. Tal equiparación se encuentra en la base del consentimiento que cada una de las partes ha otorgado al momento de sancionar la norma convencional. Dentro de esta base consensual radica también, salvo excepciones expresamente pactadas, la voluntad soberana de cada Estado que interviene en obligarse en la misma medida que el otro o el resto de los co-contratantes; en otras palabras, constituye un elemento esencial del contrato internacional el hecho de que éste vincule por igual a todas las partes, en principio, con idéntico alcance y lapso temporal. El punto de partida en el derecho internacional convencional es que las partes se ubiquen en paridad de derechos y obligaciones. Es por ello que la Convención de La Habana —más allá que ello resulte contenido en la propia definición de tratado— hace hincapié en la imposibilidad de

modificar unilateralmente las disposiciones de una norma que ha nacido en virtud de la conjunción de varias voluntades. Por ello configura un comportamiento completamente arbitrario y antijurídico que en el marco de un contrato internacional una de las partes, de forma individual, altere, modifique, suspenda o incumpla lo pactado. Únicamente una disposición de la misma jerarquía, celebrada y sancionada mediante el consenso de las partes que intervinieron originalmente, puede tener virtualidad jurídica para reformar un acuerdo internacional. Cualquier otra interpretación que justifique alteraciones en el contenido o aplicación de un tratado, con las salvedades propias que se extraen de los principios generales del derecho (como por ejemplo, supuestos de fuerza mayor, necesidad y urgencia, caso fortuito, etc.), tiene como consecuencia que se quiebre la situación de igualdad que es esencial al poder de negociación internacional; con lo cual las condiciones que dieron origen al convenio perderían sustento y validez. De la paridad entre los Estados firmantes se sigue la paridad en el respeto y cumplimiento de los tratados. Las modificaciones al acuerdo sólo pueden ser adoptadas, para ser jurídicamente legítimas, atendiendo a las pautas que el mismo establece para ese fin. En la base de lo afirmado existe una constatación práctica: un Estado firma un tratado presumiendo que el resto de los firmantes lo cumplirán de modo fiel y leal; difícilmente un gobierno celebre un acuerdo a sabiendas de un futuro incumplimiento. El fin mismo del tratado, considerado en abstracto, consiste en regular la conducta de los Estados respecto de una materia o asunto específico; conducta que las partes se obligan a respetar y a adoptar.

Por tales razones, la pretensión de otorgar validez a una ley posterior a un tratado con el cual entre en conflicto, además de constituir un error de concepto, no repara en la imposibilidad jurídica de alterar los alcances de una norma adoptada de manera consensual. Ello significaría tanto como modificar, en una relación jurídica interna, las reglas de un contrato privado de forma individual, sin el concurso de la contraparte y, además, asumir como ajustado a derecho que los tribunales nacionales convaliden tal actitud. Un acuerdo entre Estados soberanos resulta por su propia esencia inmune a las alteraciones o suspensiones adoptadas en forma unitaria, por uno de los contratantes internacionales.

Por el art. 10 de la citada Convención Brasil ratificó que no puede “eximirse de las obligaciones” que le vengan impuestas por los tratados de los que sea parte, con la única excepción de conseguir previamente autorización del resto de los socios.

El alcance de este art. 10 resulta confirmado por la disposición que le sucede, la cual dispone que los tratados permanecerán en vigor con todos sus efectos aún en el supuesto en que “llegue a modificarse la constitución interna de los Estados contratantes” (12). Más allá de las dudas de constitucionalidad que esta

norma puede suscitar, esta incertidumbre no puede ser extendida a la relación entre un tratado y una ley posterior. El art. 11 de la Convención, por un lado, echa por tierra la jurisprudencia acerca de la paridad normativa entre ambos tipos de disposiciones y, por el otro, deja sin fundamento válido la aplicabilidad del criterio de la sucesión entre normas. Por esta disposición los acuerdos internacionales quedan protegidos frente a las pretensiones unilaterales del legislador, el juez o el poder administrador, de modificar su contenido de manera inconsulta. Las únicas vías ajustadas a derecho serán, como se resaltó, los mecanismos que el mismo tratado ha regulado para tal fin y siempre con el concurso del resto de las partes involucradas en el contrato.

En definitiva, la Convención de La Habana viene a desterrar, o al menos a dejar sin base jurídica, cualquier intento hermenéutico que, equiparando los tratados a las leyes, aplique a las hipótesis de conflicto la máxima de la *lex posteriori*. Ausente toda clase de igualación normativa entre los tratados y las leyes queda sin utilidad la solución cronológica.

Desde ya que no resulta de recibo, en cuanto a la invocación de la Convención, el hecho de que la misma por no ser de carácter universal sino regional (americana) sólo es de aplicación en lo que hace a los Estados del Mercosur que son también partes en dicho convenio (caso de Paraguay). En efecto, tal argumento no es defendible ante los socios del Mercosur, entre otras razones, porque ello provocaría una diferencia de trato entre los países del bloque y en consecuencia una violación del principio de igualdad y solidaridad que rige en todo proceso de integración.

Lo expuesto hasta aquí es extensible a la Convención de Viena de 1969, sobre el Derecho de los Tratado (13) que contiene en su art. 27, en combinación con su art. 46⁴⁰⁵, una disposición análoga a la del instrumento de La Habana. No obstante que Brasil, a pesar de haber firmado el convenio de 1969, aún no lo ha ratificado, existen fundadas razones para mantener su vigencia, al menos como herramienta hermenéutica. En primer término, (i) el Estado brasileño participó de las dos sesiones de la Conferencia de Viena que dieron lugar a la celebración de la Convención⁴⁰⁶, como así también la firmó conjuntamente con otros treinta y un

⁴⁰⁵ Convención de Viena, arts. 27 “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”, y 46 “Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1º. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2º. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.

⁴⁰⁶ Sesiones de 26 de marzo a 24 mayo de 1968 y de 9 de abril a 23 de mayo de 1969, en las que la delegación brasileña estuvo bajo la dirección de los Embaj. Gilberto Amado y Geraldo E. do Nascimento e Silva, respectivamente.

Estados. En segundo lugar, (ii) sin perjuicio de la cláusula de irretroactividad plasmada en el art. 4º, la Convención ofrece la posibilidad de su aplicación a manera de pauta de interpretación conforme (art. 18), lo cual lejos de constituir una afectación de los valores esenciales del Estado confirma su ejecución de buena fe, tal cual luce en los párrafos de su preámbulo y en sus arts. 26 y 31⁴⁰⁷. De cualquier manera e independientemente de la ratificación (iii) este instrumento internacional no hace más que codificar de manera sistemática la práctica uniforme de las naciones en materia de tratados, es decir positiviza las reglas de la costumbre internacional; prácticas uniformes de las cuales ha sido parte también el Estado brasileño. Como bien apreció el entonces ministro de Relaciones Exteriores, Embaj. Celso Lafer, en el Mensaje Presidencial que acompaña el proyecto de ley de aprobación, la Convención “[e]m todo caso, constitui ela atualmente o repositório mais completo e orgânico das *normas geralmente consagradas nesta matéria e ponto de referência natural no tratamento do assunto, mesmo para os Estados que dela não são partes*”⁴⁰⁸.

Resulta llamativo la demora del congreso en dar su aval para que el presidente pueda ratificar la Convención de Viena⁴⁰⁹, más aún si se tiene en cuenta,

⁴⁰⁷ Convención de Viena, arts. 26 “*Pacta sunt servanda*”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, y 31 “Regla general de interpretación. 1º. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2º. Para los efectos de la interpretación de un tratado. El contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:...”.

⁴⁰⁸ Exposición de Motivos N° 136/1992/MRE, citada (punto 5. El énfasis no es del original). Dicho parecer hace parte del Mensaje N° 116/1992, de 22 de abril, citado.

Además, como informa Cachapuz de Medeiros, la Convención es utilizada, en los hechos, por el propio Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil, en todo lo concerniente a la concertación y celebración de los tratados y también figura rememorada en propuestas de normas de derecho interno, como por ejemplo el Anteproyecto de Resolución del Congreso Nacional, sobre aprobación de los actos internacionales, de diciembre de 1991, elaborada por Paulo Nogueira Batista (CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio P., “O Poder de celebrar...”, cit., págs. 276 y 454 ss., respectivamente).

⁴⁰⁹ Sobre el trámite de la aprobación de la Convención puede verse también, CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio P., “O Poder de celebrar...”, cit., págs. 273 a 276.

El tratamiento del expediente en el Legislativo ha seguido un camino bastante intrincado. En primer lugar, la CREDN de la Cámara de Diputados trató el tema, siendo relator el diputado Antônio C. Mendes Thame, quien aconsejó la aprobación de la Convención, aunque con reservas de los arts. 25 (aplicación provisoria de los tratados) pues entendió que a tenor del sistema constitucional de sanción de los acuerdos internacionales, cualquiera sea su clase y denominación, requieren inexorablemente para regir en el derecho brasileño de la autorización legislativa (parecer, punto II, párrs. 21º a 23º); 66, “a” (jurisdicción internacional) atento a que la obligación de someter el asunto a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia “representa un obstáculo quase intransponível”, toda vez que, además de la actual discusión sobre la obligatoriedad de las decisiones de la Corte, Brasil aún no ha aceptado la “cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria” (art. 36 del Estatuto de la Corte) por lo que solamente el Estado se somete al juzgamiento internacional cuando así lo haya pactado expresamente (parecer, punto II, párrs. 27º a 29º). La Comisión, por unanimidad, aprobó el despacho que pasó a constituir el proyecto de decreto legislativo 214/92, de 2 de diciembre de 1992 (DCN, sección I, 23.01.93 pág. 1.437). Igual parecer compartió la CCJR al confirmar el proyecto por unanimidad el 24 de marzo de 1993 (relator diputado Jesús Tajra; DCN, sección I, 24.04.93 pág. 7.953). Presentado el

como se señala en la Exposición de Motivos antes mencionada, que Brasil ha sido pionero en la codificación del derecho internacional, tal cual se constata al recordarse que en 1911 Eptácio Pessoa, por entonces ministro del STF, elaboró su proyecto de código de derecho internacional público; obra que sirvió de base para la redacción de la Convención de La Habana de 1928, que fue a su vez el único antecedente regional de la Convención de Viena⁴¹⁰.

Para concluir, la posición defendida puede ser auxiliada también por las reglas de la costumbre internacional (B-II), es decir por los usos constantes de las naciones. La primera norma consuetudinaria que merece ser citada es el principio “*pacta sunt servanda*” (14), universalmente reconocido e internacionalmente acep-

proyecto de decreto legislativo al plenario de la Cámara, el 4 de mayo de 1993, la votación se suspendió luego de que el diputado Nelson Jobim expusiera sus dudas acerca de la posibilidad que tiene el congreso para aprobar un tratado en forma parcial, es decir con reservas; en su opinión el legislativo sólo puede rechazar o aceptar *in totum* los tratados multilaterales que el ejecutivo le somete, pues tales acuerdos no reconocen la posibilidad de su ratificación con reservas por la cantidad de partes contratantes. Por ello, la presidencia remitió una consulta preliminar a la CCJR acerca de la facultad del parlamento para aprobar los tratados con reservas (DCN, sección I, 05.05.93 pág. 8.799). En su primera respuesta la CCJR mantuvo el parecer del relator, diputado J. Thomaz Nonô, que se inclinó por la prerrogativa del congreso de imponer reservas en los siguientes términos: “sob nossa ótica e com base nos fundamentos jurídicos e nos antecedentes legislativos mencionados, julgamos que o congresso nacional, no exercício de seu ‘poder-dever’, expresso no artigo 49, inciso I, da Constituição Federal, podera aprovar, ainda que parcialmente, tratado, acórdo, convenção ou qualquer outro compromisso internacional, sobre o qual deva se pronunciar” (31 de agosto de 1994). Posteriormente la misma Comisión, al analizar la enmienda (Nº 1) elaborada por el plenario que perseguía retirar las reservas del proyecto, rechazó nuevamente, por mayoría, la eliminación de las reservas (relator diputado Edinho Araujo, 29 de agosto de 1995; Diario de la Cámara de Diputados [DCD], 20.04.96 pág. 811). El 31 del mismo mes, luego de ser colocado el proyecto a consideración de la Cámara, la aprobación quedó otra vez impedida por las razones que se vienen destacando (reservas), pasando a tratamiento de la CREDN (DCN, sección I, 01.09.95 pág. 20.753). En dicho departamento el relator, diputado Pedro Valadares, mantuvo las reservas, en primer lugar del art. 25, debido a que la aplicación provisoria de un tratado, además de debilitar la competencia que la constitución asegura al congreso, produciría efectos en el derecho interno sobre los cuales no se podrían retrotraer las cosas a su estado anterior en el supuesto en que el legislativo rechazare la aprobación del acuerdo (parecer, punto II, párr. 4º); y en lo que hace al art. 66, avaló también la opinión de excepcionar su aprobación, entre otros factores, por la imposibilidad que tiene la Corte Internacional de Justicia para obligar a los Estados que tienen poder de veto en el Consejo de Seguridad de la ONU a cumplir sus sentencias, y también con la finalidad de “manter a coerência da posição internacional brasileira” que nunca aceptó la jurisdicción obligatoria de ese tribunal (parecer, punto II, párrs. 9º y 10º). Por último, el relator pasó a referirse al tema más general sobre la prerrogativa que tendría el parlamento de aprobar convenios bajo reserva: en este aspecto defendió la facultad del congreso de utilizar este mecanismo, tanto en los tratados bilaterales como en los multilaterales, apoyándose principalmente en la opinión H. Valladao y, además, citando el art. 19 de la Convención que permite la formulación de reservas, por todo lo cual concluyó que “as ressalvas propostas por esta Comissão não são incompatíveis com o objeto e a finalidade do tratado, forçoso é concluir pela admissibilidade de sua proposição pelo Poder Executivo” (parecer, punto II, párrs. 11º a 22º). La CCJR, apoyando dicho parecer, opinó por unanimidad por el rechazo de la enmienda auspiciada por el pleno del cuerpo, y por lo tanto manteniendo las reservas a los arts. 25 y 66 de la Convención (1 de noviembre de 1995; DCD 08.12.95 págs. 8.421). El proyecto de decreto legislativo se encuentra pronto para ingresar al orden del día del pleno de la Cámara a fin de procederse a su votación. En caso de ser aprobado por la Cámara restaría aún su examen por el Senado Federal.

⁴¹⁰ Exposición de Motivos Nº 136/MRE, cit. (punto 7).

tado, en cuya virtud constituye un entendimiento unánime que los tratados y los acuerdos internacionales se celebran para ser debidamente cumplidos, con el alcance y según los términos que ellos contengan. Dicho axioma se encuentra unido –de forma indisoluble– a otro principio, en este caso de naturaleza hermenéutica, cual es la *bona fide* que debe observar el Estado en lo que hace a la ejecución de sus obligaciones internacionales (15). La buena fe consiste en el deber jurídico que tienen los Estados de respetar de manera fiel y leal las disposiciones de los acuerdos que suscriban. La vigencia de sendos principios en las relaciones interestatales consolida la convivencia pacífica entre las naciones. El propio Estado brasileño dejó expresa su constancia y aceptación sobre la fuerza consuetudinaria de ambas normas al firmar la Convención de Viena, cuyo preámbulo reza que “[l]os Estados partes en la presente Convención” advierten que en el escenario mundial “los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma ‘*pacta sunt servanda*’ están universalmente reconocidos”⁴¹¹. Aún cuando pudiera argumentarse que, sin perjuicio de su valor en el ámbito del derecho consuetudinario, estas reglas de conducta uniforme no tendrían virtualidad jurídica suficiente para revocar las normas de derecho interno que regulan los supuestos de conflicto entre una ley y un tratado anterior, o para alterar una jurisprudencia nacional consolidada o, en último término, para completar el invocado vacío constitucional, lo cierto es que no se afirma que su mera alegación sea el pilar determinante de la primacía de los acuerdos internacionales. Su invocación, suplementaria de todos los fundamentos antes esgrimidos, resulta de innegable utilidad a fin de acreditar una práctica de la cual el propio Estado ha participado. Además, ambos principios, lejos de aparecer como ajenos a las normas constitucionales, encuentran fiel reflejo en los distintos incisos del art. 4º de la CF 1988.

Por último, debe destacarse que la fuerza argumentativa de las razones antes reseñadas, a favor de la prevalencia de los tratados sobre las leyes posteriores, no surge de la consideración individual y por separado de cada una de ellas sino que, por el contrario, su complementación e integración interpretativa es lo que podría destacar su verdadero alcance.

De todo cuanto se ha expresado deriva que la aplicabilidad de una ley interna posterior incompatible con un tratado del cual Brasil sea parte conlleva la violación del mandato de observancia de los acuerdos internacionales, el cual tiene sin dudas raigambre constitucional, legal e internacional.

⁴¹¹ Convención de Viena, *preámbulo* párr. 3º.