

3

SLADI.LASIL

SOCIEDAD LATINOAMERICANA DE DERECHO INTERNACIONAL
SOCIEDADE LATINO AMERICANA DE DIREITO INTERNACIONAL
SOCIÉTÉ LATINO-AMÉRICAINNE DE DROIT INTERNACIONAL
LATIN-AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW



SERIE
DOCUMENTOS DE TRABAJO
SOCIEDAD LATINOAMERICANA DE DERECHO
INTERNACIONAL

**Monismo doctrinal y dualismo
jurisprudencial: la clasificación
brasileña del procedimiento de
incorporación de los tratados
internacionales**

Breno Baía Magalhães

SERIE DOCUMENTOS DE TRABAJO

El Departamento de Derecho Constitucional es una de las unidades académicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. La Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional es una asociación académica creada para la articulación de la academia internacionalista, para la promoción y la producción del debate académico del derecho internacional.

Los Documentos de Trabajo SLADI/Externado de trabajo dan a conocer los resultados de los proyectos de investigación de la SLADI, así como las ideas de sus miembros y de los profesores y estudiantes invitados.

Las opiniones y juicios de los autores de esta serie no son necesariamente compartidos por el Departamento, la Universidad o la SLADI.

Los documentos de trabajo están disponibles en www.icrp.uexternado.edu.co/

Serie *Documentos de Trabajo*, n°3
***Monismo doctrinal y dualismo jurisprudencial: la clasificación
brasileña del procedimiento de incorporación de los tratados
internacionales***

Breno Baía Magalhães

Este documento puede descargarse de la página web del departamento solo para efecto de investigación y para uso personal. Su reproducción para fines diferentes, bien sea de forma impresa o electrónica, requiere del consentimiento del Autor y la Editora. La reproducción de los documentos en otros medios impresos y/o electrónicos debe incluir un reconocimiento de la autoría del trabajo y de su publicación inicial.

Los autores conservan los derechos de autor. La publicación de este texto se hace bajo los parámetros del *Creative Commons Attribution*. El autor del documento debe informar al Departamento de Derecho Constitucional si el texto es publicado por otro medio y debe asumir la responsabilidad por las obligaciones consecuentes.

Para efectos de citación, debe hacerse referencia al nombre completo del Autor, el título del artículo y de la serie, el año, el nombre de la Editora y la editorial.

© 2016, Departamento de Derecho Constitucional,
Universidad Externado de Colombia.
Paola Andrea Acosta, Editora
Calle 12 No. 1-17 Este, Of. A-306. Bogotá Colombia
<http://www.icrp.uexternado.edu.co/>

Presentación

Los *Documentos de Trabajo de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional* (DT-SLADI) son un espacio para la reflexión y el debate. Esta colección servirá especialmente para circular los trabajos en progreso de los grupos de interés de la SLADI y las reflexiones de cualquier de sus miembros.

A diferencia de otros formatos, esta serie ofrece un palco para los trabajos inacabados, para la discusión de las ideas en formación y el perfeccionamiento de los procesos de investigación. Se trata pues, de textos que salen a la luz para ser enriquecidos con la crítica y el debate antes de pasar por el tamiz editorial.

Aquellos que estén interesados en publicar sus textos en esta colección pueden enviarlos a Paola Andrea Acosta al correo paola.acosta@uexternado.edu.co

Pese a que se trata de documentos inacabados, el texto debe contar con un mínimo de desarrollo, debe ser un escrito con una estructura coherente que cumpla con las reglas mínimas de argumentación, redacción y ortografía. En todo caso, cuestiones tales como las notas a pie de página, las referencias externas, las tablas, diagramas o cuadros pueden estar en construcción.

Cada documento debe contar con un resumen en español e inglés de no más de 200 palabras y un sumario. Así mismo, se debe indicar el correo electrónico de contacto del autor o autores y el título en inglés del documento. Una vez remitido el texto, el grupo editorial, previa evaluación, decidirá si lo somete al proceso de publicación.

JORGE VINUALES

Director General

PAOLA ANDREA ACOSTA A

Coordinadora General GI-SLADI.

Editora

A incidência dos tratados internacionais na ordem jurídica brasileira: vigência, efeitos e hierarquia.

Este documento fue uno de los seleccionados tras el desarrollo de la convocatoria pública y el proceso de evaluación adelantado por el Grupo de Interés sobre *las nuevas relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno* de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional (SLADI-GIReDIN). Esta iniciativa se desarrolló bajo la dirección de Juana Acosta de la Universidad de la Sabana y Paola Andrea Acosta de la Universidad Externado de Colombia.

RESUMO

O direito internacional, que tem como principal fonte os tratados e convenções internacionais, está cada vez mais presente na ordem jurídica nacional, sendo difícil imaginar uma área do direito interno que não tenha sido afetada de alguma forma por padrões impostos por essas fontes. Porém, como e em que medida a incidência do direito internacional dar-se-á na ordem jurídica interna vai depender do modo pelo qual os Estados cumprem com suas obrigações internacionais. Por conseguinte, torna-se imprescindível saber de que forma os Estados conferem aos tratados efeito legal doméstico. A questão teórica sobre a relação entre o direito interno e o direito internacional é normalmente apresentada com base nas teorias dualista (ou pluralista) e monista, que não conseguem, no entanto, abarcar de forma completa todos os aspectos dessa relação. A Constituição da República Federativa do Brasil reconhece, ainda que indiretamente, os tratados internacionais como parte integrante da ordem jurídica interna, mas deixou sem respostas aspectos importantes relacionados a sua aplicação. Dessa forma, o judiciário brasileiro tem enfrentado questões essenciais atinentes à incidência dos tratados na ordem interna, mormente no que concerne sua vigência, efeitos e a posição hierárquica que ocupam. Porém, apesar da atuação do judiciário brasileiro, persistem incertezas jurídicas quanto à matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Direito interno brasileiro. Direito internacional. Conflito de fontes. Hierarquia dos tratados.

RESUMEN

El derecho internacional, cuyas principales fuentes son los tratados y las convenciones internacionales, está cada vez más presente en la legislación nacional, de modo que es difícil imaginar un área de la ley interna que no se ha visto afectada de alguna manera por las normas impuestas en esas fuentes normativas. La forma y en qué medida la incidencia del derecho internacional se dará en el orden jurídico nacional dependerá de cómo los Estados cumplan con sus obligaciones internacionales. Por lo tanto, es esencial saber cómo los Estados confieren a los tratados efecto jurídico interno. La cuestión teórica sobre la relación entre el derecho interno y el derecho internacional se presenta generalmente sobre la base de las teorías dualistas (o plural) y monista, que no pueden, sin embargo, cubrir de forma exhaustiva todos los aspectos de esta relación. La Constitución de la República Federativa del Brasil reconoce, aunque de manera indirecta, los tratados internacionales como parte de la legislación nacional, quedando sin respuestas aspectos importantes relacionados con su aplicación. Por lo tanto, la justicia brasileña ha enfrentado a problemas críticos relacionados con el impacto de los tratados en el derecho interno, en particular con respecto a su vigencia, sus efectos y su posición jerárquica. A pesar del desempeño judicial de Brasil, persisten incertidumbres legales sobre la materia.

PALABRAS CLAVES: Derecho interno brasileño. Derecho internacional. Conflicto de fuentes. Jerarquía de los tratados.

ABSTRACT

International law, which main sources are treaties and international conventions, is increasingly present in internal affairs in such way that it is difficult to imagine an area of national law that has not been affected in some way by standards imposed by those sources of law. How and to what extent international law will be applied internally will depend on the way in which States comply with their international obligations. Therefore, it is essential to know how States bestow domestic legal effect to their international agreements. The theoretical question about the relationship between domestic law and international law is usually presented on the basis of dualistic (or pluralistic) and monistic theories, that can not, however, comprehensively cover all aspects of this relationship. The Constitution of the Federative Republic of Brazil recognizes, yet indirectly, international agreements as part of domestic law, but left important aspects related to its application without answers. Thus, the Brazilian judiciary has faced critical issues relating to the impact of agreements in domestic law, particularly

regarding its duration, effects and hierarchical position. Despite the Brazilian judicial performance, legal uncertainties regarding the matter persist.

KEY WORDS: Brazilian internal law. International law. Conflict of sources. Hierarchy of treaties.

SUMÁRIO: I – Introdução: marco teórico das teorias monista e dualista e a prática. II- A entrada em vigor dos tratados na ordem jurídica brasileira. III- Os efeitos dos tratados na ordem jurídica brasileira. IV – A posição hierárquica dos tratados no ordenamento brasileiro. V- Conclusão.

SUMARIO: I - Introducción: El marco teórico de las teorías monistas y dualistas y la práctica. II- La entrada en vigor de tratados en el derecho brasileño. III- Los efectos de tratados en el derecho brasileño. IV - La posición jerárquica de los tratados en el sistema jurídico brasileño. V Conclusión.

SUMMARY: I - Introduction: The monistic and dualistic theoretic framework and practice. II- The entry into force of treaties in Brazilian law. III- The effects of treaties in Brazilian law. IV - The hierarchical position of treaties in the Brazilian legal system. V- Conclusion.

I. INTRODUÇÃO: O MARCO TEÓRICO DAS TEORIAS MONISTA E DUALISTA VERSUS PRÁTICA.

A relação entre direito interno e direito internacional é problema que, há muito, perturba a comunidade jurídica. Há incontáveis casos nos quais normas internacionais dispõe de modo contrário às normas internas, sendo o exemplo historicamente mais relevante na história brasileira o conflito entre a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, promulgado pelo Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966, e o Decreto-Lei 427, de 22 de janeiro de 1969¹.

O conflito normativo, contudo, não é o único ponto tormentoso. De fato, ao menos três aspectos relevantes devem ser levados em consideração ao analisar as interações entre direito interno e direito internacional: a

¹ No caso em questão, a legislação interna brasileira criou obrigação de registro de letras de câmbio e notas promissórias, requisito de validade não previsto na Convenção de Genebra. O caso foi submetido ao Judiciário Brasileiro, constituindo a decisão final do Supremo Tribunal Federal (STF) um dos principais marcos jurisprudenciais quanto à relação entre direito interno e direito internacional. A referida decisão, o Recurso Extraordinário 80.004/SE, será analisado no presente artigo em momento posterior.

conjugação das concepções relativas à estrutura do direito internacional com o direito interno; o modelo utilizado para conferir relevância internamente às normas de direito internacional e as relações hierárquicas entre as normas de direito internacional e de direito interno².

Não há, na prática, uma resposta dominante às indagações decorrente de tais aspectos, sendo o primado do direito internacional, defendido por grande parte dos internacionalistas, uma mera posição doutrinária, visto que, “*descentralizada, a sociedade internacional vê cada um de seus integrantes ditar, no que lhe concerne, as regras de composição entre o direito internacional e o de produção doméstica*”³.

Por outro lado, a doutrina divide-se em duas grandes vertentes para responder tais indagações, uma primeira vertente teórica, que, com base em fundamentos jurídico-filosóficos, tenta explicar como funcionam as relações entre direito interno e direito internacional, e uma segunda vertente, de natureza prática, que tenta buscar nas normas dos ordenamentos envolvidos a solução para eventual conflito⁴.

A vertente teórica sobre a relação entre o direito interno e o direito internacional é normalmente apresentada com base nas teorias dualista (ou pluralista) e monista, conforme IAN BROWNLIE⁵.

A doutrina dualista, que tem como um dos maiores expoentes TRIEPEL, cuja obra *Völkerrecht und Landesrecht* (1899) pode ser considerada o primeiro estudo sistemático da matéria, defende que a diferença essencial entre o direito interno e o direito internacional consiste primeiramente no fato de que esses dois direitos se aplicam a sujeitos diferentes: o direito internacional rege as relações entre Estados soberanos, ao passo que o direito interno rege as relações entre os indivíduos ou entre esses e o poder executivo. A análise de TRIEPEL parte, portanto, do pressuposto de que ambos possuem noções distintas⁶.

² BYSTRONSKI, GUILHERME FONSECA. Concretismo : uma abordagem institucional para analisar as relações entre o direito internacional e o direito interno. 2003.301p. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e da Integração Econômica) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2003, p.21.

³ REZEK, JOSÉ FRANCISCO. Direito dos Tratados. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.461.

⁴ BYSTRONSKI, GUILHERME FONSECA. Concretismo : uma abordagem ...op. cit. pp.21-22.

⁵ BROWNLIE, IAN. Principles of Public International Law. Sixth Edition. New York: Oxford University Press Inc. 2003, p. 31. Note-se que, em realidade, o autor refere-se ao direito municipal, e não ao direito interno, haja vista a autonomia legislativa dos estados federados norte-americanos.

⁶ TRIEPEL, CARL HEINRICH. Les rapports entre le droit interne et le droit international. Recueil des Cours. Académie de Droit International de la Haye. Dordrecht (Pays-Bas) : Martinus Nijhoff. Tomo 1, 1923, p. 79.

TRIEPEL afirmava serem o Direito interno e o Direito Internacional diferentes ordens jurídicas, e não diferentes partes de um mesmo sistema, sendo certo que poderia haver, no máximo, pontos de contato, mas não interseções e, como consequência, conflitos⁷.

Com base nessa teoria, nenhum dos dois direitos possui competência para criar ou alterar regras um do outro. Quando o direito interno determina que o direito internacional seja aplicado, total ou parcialmente, na jurisdição nacional, está simplesmente exercendo sua autoridade de direito interno, adotando ou transformando regras de direito internacional em regras internas. Em caso de conflito entre o direito internacional e o direito interno, o segundo teria primazia sobre o primeiro⁸. Isso se deve ao fato de a natureza das relações interestatais ser fundamentalmente diferente da natureza das relações intra-estatais, de onde resulta que o direito internacional somente produziria qualquer efeito interno caso autorizado pela legislação nacional⁹. As ideias de Triepel encontraram guarida na doutrina italiana, principalmente a partir da obra de ANZILOTTI¹⁰.

No Brasil, a doutrina dualista italiana foi seguida por Amílcar de Castro, segundo o qual *“tratado não é lei; é ato internacional que obriga o povo considerado em bloco; que obriga o governo na ordem externa e não o povo na ordem interna”*¹¹.

A teoria dualista encontra aplicação principalmente no Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e em suas ex-colônias, com a notória exceção dos Estados Unidos da América, em razão da radical separação de poderes. O fato de a Coroa Britânica ter mantido os poderes para a condução das relações exteriores e a conclusão de tratados sem a intervenção do Parlamento, enquanto este mantém de forma quase exclusiva o poder de legislar, tornou inevitável a prevalência do dualismo¹².

Como contraponto à doutrina dualista, surge a corrente monista, cuja essência restaria no fato de um tratado poder, sem a necessidade de ato normativo interno, tornar-se parte do direito interno a partir do momento em

⁷ TRIEPEL, CARL HEINRICH. *Völkerrecht und Landesrecht*. Leipzig : C.L. Hirschfeld, 1899, p.111.

⁸ BROWNLIE, IAN. *Principles of Public International Law*...op. cit. p. 32.

⁹ SHAW, MALCOLM N. *International Law*. Seventh Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p.93.

¹⁰ DOLINGER, JACOB. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 9ª ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹¹ CASTRO, AMILCAR DE. *Direito Internacional Privado*. 3ªed, Rio de Janeiro:Forense, 1977, p.93.

¹² AUST, ANTHONY. *Modern Treaty Law and Practice*. Third Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p.167.

que tenha sido concluído de acordo com os dispositivos constitucionais¹³. A corrente monista, portanto, admite a existência de conflitos normativos entre tratado internacional e lei interna¹⁴.

Um dos maiores expoentes, e talvez o principal teórico monista, foi HANS KELSEN, que sugere que o direito interno e o direito internacional são parte de uma mesma ordem normativa, isto é, há uma visão unitária do direito¹⁵. Para KELSEN, direito interno e direito internacional são simplesmente dois sistemas normativos que se correlacionam, integrando uma mesma ordem jurídica, afastando a ideia de o Estado como ente estranho ao Direito, desvinculado ao direito internacional¹⁶. Ainda, tanto o direito interno quanto o direito internacional teriam sua validade fundamentada em uma norma base, que, para o referido autor, consistiria na obrigação de os Estados se comportarem como usualmente até então o faziam¹⁷.

Na lógica kelseniana, a norma base citada fundamenta o direito internacional e permite que revoluções sejam fatos que resultam na criação de leis. Em decorrência da necessária efetividade da referida norma base, o constituinte originário, ao determinar os novos fundamentos do direito interno, está limitado pelo direito internacional, isto é, *“uma vez que as normas básicas das ordens jurídicas nacionais são determinadas por normas de direito internacional, elas são normas de base apenas em sentido relativo”*¹⁸.

De fato, o método utilizado por KELSEN para elucidar a sua percepção monista utiliza a filosofia kantiana como base, encarando o Direito como constituindo uma ordem que determina padrões de comportamento que devem ser observados, acompanhados de sanções aplicáveis quando um ato ilegal é praticado. Como a mesma lógica é aplicável ao direito interno e ao direito internacional, há uma unidade legal, e como os Estados devem suas relações legais com os outros às regras de direito internacional, tais como as que preveem a igualdade entre estes, o direito internacional seria superior, ou ao menos mais próximo da norma base, em relação ao direito interno¹⁹.

¹³ Idem, p.163.

¹⁴ DINH, NGUYEN QUOC; DAILLER, PATRICK; PELLET, ALAIN. *Droit International Public*. 7e édition. Paris: L.G.D.J., 2002, p. 277.

¹⁵ SHAW, MALCOLM N. *International Law...* op. cit. p.94.

¹⁶ KELSEN, HANS. *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*. Recueil des Cours. Académie de Droit International de la Haye. Dordrecht (Pays-Bas). Martinus Nijhoff. Tomo 14, 1926, p. 231.

¹⁷ BROWNLIE, IAN. *Principles of Public International Law...* op. cit., p. 32.

¹⁸ Idem, pp. 32-33.

¹⁹ SHAW, MALCOLM N. *International Law...* op. cit., p.94.

Apesar de KELSEN estabelecer o monismo sobre bases formais de sua própria teoria e defender a maior proximidade do direito internacional à norma base, ele não defende a primazia absoluta do direito internacional sobre o direito interno, pois, para ele, a questão da primazia somente pode ser decidida com base em considerações que não são estritamente legais. Pode-se especular se KELSEN evitou um elemento de assunção quando estabeleceu que a norma base de direito internacional de certa forma determina a validade da norma base interna: a validade de cada uma restaria na relação de interdependência mais do que uma relação “hierárquica”²⁰.

Outros doutrinadores monistas tendem a justificar o seu posicionamento com argumentos éticos, demonstrando preocupação com a proteção de direitos humanos. Este é o caso de HERSH LAUTERPACHT, jurista inglês, que vê a proteção do bem-estar dos indivíduos como fim essencial do direito, sendo a supremacia do direito internacional o melhor método de se alcançar tal fim²¹.

Existe também a teoria monista-naturalista, a qual, ao menos superficialmente, se parece à provisão de KELSEN de uma norma base universal. De acordo com essa teoria, as ordens jurídicas internas e internacional estão subordinadas a uma terceira ordem jurídica, usualmente postulada em termos de direito natural ou “princípios gerais do direito”, superior a ambas e capaz de determinar suas respectivas esferas²².

Além das teorias monista e dualista, diversas conciliatórias surgiram, dentre as quais destaca-se o grupo formado pelos doutrinadores espanhóis. Estes sustentam que direito interno e direito internacional constituem ordens jurídicas independentes, mas coordenadas sob o direito natural²³.

Alguns outros autores fogem da dicotomia monismo-dualismo, estabelecendo que as consequências lógicas de ambas teorias conflitam com o modo pelo qual órgãos nacionais e internacionais se comportam. GERALD FITZMAURICE desafia a premissa adotada pelos monistas e dualistas de que o direito internacional e o direito interno possuem o mesmo campo de operação. Segundo o autor, os dois sistemas não entram em conflito como sistemas, eis que trabalham em esferas diferentes. Cada um é supremo em seu próprio campo. Entretanto, poderá ocorrer um conflito de obrigações, uma inabilidade do Estado no plano doméstico de agir conforme determinado pelo direito internacional: a consequência disso não será a

²⁰ BROWNLIE, IAN. *Principles of Public International Law...* op. cit. p. 33.

²¹ SHAW, MALCOLM N. *International Law...* op. cit. p.94.

²² BROWNLIE, IAN. *Principles of Public International Law...* op. cit. p. 33.

²³ MELLO, CELSO D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público. 1º Volume*, Cap. XXII, 14ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p.125.

invalidade do direito interno, mas a responsabilidade do Estado no plano internacional²⁴.

ROUSSEAU, por sua vez, propôs visão similar ao caracterizar o direito internacional como um direito de coordenação, o qual não determina a derrogação automática da norma interna em conflito com obrigações internacionais. Esses autores, dentre outros, expressam sua preferência pela prática sobre a teoria.²⁵

Se no plano interno há dúvidas quanto à posição que as normas de direito internacional ocupam, no plano internacional é pacífico o entendimento de que o direito interno não pode ser invocado para eximir o Estado de uma obrigação assumida internacionalmente. Assim, o direito internacional possui, no plano internacional, supremacia inequívoca, positivada no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (CVDT 1969), o qual nada mais faz do que consagrar a posição adotada em uma série de julgados consolidados anteriormente à sua elaboração²⁶.

Para AUST, a primazia do direito internacional, ao menos no plano internacional, decorre do princípio *pacta sunt servanda*, sendo certo que o fracasso do Estado obrigado pelo tratado em garantir a sua aplicação interna poderá ensejar a sua responsabilidade²⁷.

II. A ENTRADA EM VIGOR DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Independentemente das discussões acerca das relações entre o direito interno e o direito internacional, o tratado internacional (no sentido amplo do termo)²⁸, para ter vigência na ordem jurídica interna dos Estados, deve

²⁴ BROWNIE, IAN. Principles of Public International Law...op. cit. p. 33.

²⁵ Idem, pp. 33- 34.

²⁶ IAN BROWNIE cita diversos casos nos quais fora afirmada a primazia do direito internacional. Em *Alabama Arbitration* (1872), USA v. Great Britain, os Estados Unidos saíram vitoriosos na demanda por indenização aos britânicos pela quebra de sua neutralidade durante a guerra civil norte-americana. A alegação britânica de que não havia nenhum impedimento na lei interna para a realização do comércio de corsários nos portos britânicos e seu embarque para juntar-se aos confederados não foi considerado para isentar a Grã-Bretanha de sua obrigação. Já no caso “*Free Zone*” (1929), a CPJI observou que...”é certo que a França não pode valer-se de sua própria lei para limitar o escopo de suas obrigações internacionais...”. A Opinião Consultiva *Greco-Bulgarian Communities* (1930) contem a afirmação de que: “é um princípio de direito internacional geralmente aceito que, nas relações entre Potências que são Partes contratantes em um tratado, as previsões de direito interno não podem prevalecer sobre àquelas do tratado. No caso *Polish National in Danzig* (1931) a mesma Corte entendeu que esse princípio se aplica ainda que se trate de norma constitucional. In: BROWNIE, IAN. Principles of Public International Law...op. cit. p. 34.

²⁷ AUST, ANTHONY. Modern Treaty Law and Practice...op. cit., p.161.

²⁸ Vide art. 1.a da CVDT 1969.

atentar para as condições de forma e de conteúdo previstos nas suas respectivas legislações. No Brasil, é na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) que se encontram os mandamentos básicos nesse sentido.

Em realidade, apesar de a CRFB reconhecer, ainda que indiretamente, os tratados internacionais como parte integrante da ordem jurídica interna²⁹, deixou sem respostas aspectos importantes relacionados a sua aplicação no País. Daí resulta que o procedimento de internalização dos tratados no Brasil segue roteiro baseado em normas costumeiras que decorrem de ritual consolidado na prática pelas autoridades internas. Importante ressaltar que o Brasil, após quase quatro décadas da assinatura, somente em 2009 ratificou a CVDT 1969³⁰.

O procedimento de internalização dos tratados internacionais pode variar em alguns aspectos conforme seu objeto, mas sempre teremos, nos estágios inicial e final do processo, a participação imprescindível do Presidente da República.

O procedimento se inicia com a negociação entre as partes envolvidas e a assinatura do texto final, atos praticados pelo Presidente da República ou por plenipotenciário nomeado por este, visto que, nos termos do art. 84.VIII da CRFB, compete ao Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos ao referendo do Congresso Nacional”. Uma vez assinado o tratado, o Presidente da República o submete ao Congresso Nacional através de uma mensagem presidencial³¹.

A CRFB prevê, em seu artigo 49, I, competir exclusivamente ao Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao

²⁹ Vide CRFB de 1988: §§ 2º e 3º do art. 5º (relativos aos direitos fundamentais); art. 17 (ordenação do transporte aéreo, aquático e terrestre); Inciso I do art. 49 (aprovação dos tratados pelo Congresso Nacional); Inciso VII do art. 84 (competência do Presidente da República para celebrar tratados internacionais); Incisos III e V do art. 109 (competência da justiça federal para julgar causas fundadas em tratados internacionais); Alínea b, Inciso III do art. 102 (competência do STF para julgar recurso extraordinário contra decisão que tenha declarado inconstitucionalidade de tratado); Alínea a, Inciso III do art. 104 (competência do STJ para julgar, mediante recurso especial, causas decididas pelos tribunais que tenham contrariado ou negado vigência a tratado); Parágrafo 5º do art. 109 (deslocamento da justiça estadual para a justiça federal em caso de grave violação de tratado de direitos humanos); Parágrafo único do art. 52 do Título X da Constituição Federal de 1988 - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (exceção às vedações do art. 192 aplicadas às instituições financeiras domiciliadas no exterior ou com sede no País com capital de pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no exterior quando o funcionamento resultar de acordo internacional).

³⁰ Promulgada pelo Decreto Presidencial n.º 7.030 de 14/12/2009, com reservas aos artigos 25 e 66 (D.O.U de 15/12/2009, Seção 1, p. 59).

³¹ TIBURCIO, CARMEN. Temas de Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.5.

patrimônio nacional”. Há, neste ponto, aparente contradição entre a redação do referido dispositivo e a do já mencionado artigo 84 VIII, visto que em um há exigência de referendo do Congresso Nacional para todo e qualquer tratado, e, no outro, há a atribuição do Congresso Nacional para apreciar tão somente os tratados que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

O desencontro entre a redação de ambos os dispositivos manteve, na prática, a competência do Presidente da República para firmar os chamados “acordos do executivo”, os quais não passam por aprovação legislativa e geralmente estão dispensados de ratificação no plano internacional. A intervenção do legislativo, prevista na Constituição da maior parte dos Estados, teve como objetivo democratizar as relações internacionais, permitindo que o poder teoricamente com maior representatividade popular, em especial se considerarmos Estados monárquicos, participe do processo³².

Por outro lado, pode-se dizer que a proliferação dos “acordos do executivo” deve-se em parte à demora na ratificação ocasionada pelo complexo processo de celebração de tratados e, no caso do Brasil, à duvidosa redação do art. 49, I da CRFB. Assim, o procedimento dúplice, com participação do Legislativo, foi reservado às matérias de maior complexidade e que, de fato, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, em que pese a subjetividade do termo.

De acordo com parte da doutrina, os “acordos do executivo” são usados basicamente nas seguintes situações: quando o próprio tratado dispensar a ratificação como requisito de sua entrada em vigor no plano internacional; quando consignam simplesmente a interpretação de cláusulas de um tratado já existente; quando decorrerem, lógica e necessariamente, de algum tratado vigente e são como que o seu complemento, implementando³³; quando estão subordinados a um tratado anterior³⁴; os de diplomacia ordinária³⁵; quando versam sobre *modus vivendi*, i.e. quando têm em vista apenas deixar as coisa no estado em que se encontram, ou estabelecer simples bases para as negociações futuras (*umbrella treaties*)³⁶.

³² ALMEIDA, PAULA WOJCIKIEWICZ. A tendência de conclusão dos acordos em forma simplificada: evolução e prática brasileira. Assunção, Paraguai. Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão, vol. I, 2003, p.183.

³³ Note-se que os Protocolos adotados no âmbito do Mercosul têm sido ratificados pelos Estados Partes, apesar de serem complementares ao Tratado de Assunção.

³⁴ Por exemplo, os acordos bilaterais firmados com o Fundo Monetário Internacional.

³⁵ Por exemplo, os acordos celebrados com os consulados estrangeiros.

³⁶ ACCIOLY, HILDEBRANDO, NASCIMENTO E SILVA, G.E., CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público. 21ªed, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 167

Conforme PAULA ALMEIDA³⁷, embora os acordos do executivo sirvam para reger assuntos de competência exclusiva do Executivo, a total ausência de controle fez com que cerca de 80% dos Atos Internacionais sejam concluídos no Brasil unicamente pelo Executivo, abarcando, inclusive, matérias de grande complexidade que, em teoria, deveriam seguir o procedimento ordinário de incorporação envolvendo o Poder Legislativo. Nestes casos, a mera assinatura do tratado pelo Presidente da República ou por plenipotenciário já obriga o Brasil, em definitivo, no plano internacional, nos termos do artigo 12 da CVDT 1969, bem como no plano interno.

Fora os “acordos dos executivo”, todos os demais tratados firmados pelo Brasil necessitam, como visto acima, da aprovação do Congresso Nacional, em suas duas casas (Senado e Câmara dos Deputados), a qual se dá pela maioria simples de seus membros, respeitado o quorum mínimo de presentes em cada uma das casas (maioria absoluta dos membros). Note-se que o critério de deliberação seguido pelo Congresso fundamenta-se no mandamento geral do artigo 47 da CRFB, haja vista a ausência de previsão específica aos tratados.

Por outro lado, a participação do Congresso limita-se a aprovar ou rejeitar o tratado, não podendo fazer modificações em seu texto: quando muito, poderá introduzir ou retirar reservas. A decisão é publicada via decreto legislativo promulgado pelo Presidente do Congresso Nacional e autoriza, mas não obriga, a ratificação ou adesão ao tratado pelo Brasil nos termos em que foi aprovado pelo Congresso.

O próximo passo no procedimento dúplice é regido pela CVDT 1969 e consiste na manifestação do consentimento definitivo em obrigar-se pelo tratado. Este, em regra, se dá pela ratificação, como visto, ou pela adesão ao tratado, necessariamente assinadas pelo Chefe de Estado, pelo Chefe de Governo, pelo Ministro das Relações Exteriores ou por plenipotenciário³⁸. Longa discussão doutrinária se desenvolveu no Brasil quanto à obrigatoriedade de ratificação pelo Presidente da República de tratados aprovados pelo Brasil. Atualmente, a maioria da doutrina entende tratar-se a ratificação de ato privativo e discricionário do Presidente da República³⁹.

Outra controvérsia relevante surgida nesta fase específica diz respeito à possibilidade de o Presidente da República ratificar tratados que criem obrigações para Estados, Municípios e para o Distrito Federal, isto porque, nos termos do artigo 1º da CRFB, o Estado Brasileiro é organizada na forma

³⁷ ALMEIDA, PAULA WOJCIKIEWICZ. A tendência de conclusão dos acordos ...op. cit., p.183

³⁸ AUST, ANTHONY. *Modern Treaty Law and Practice*...op. cit., p. 99.

³⁹ TIBURCIO, CARMEN. *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.6.

de República Federativa, de onde resulta que cada ente da Federação tem seu próprio campo de atribuições.

Especialmente problemática foi a questão da ratificação de tratados, pela União, que resultassem na isenção de tributos de competência de outros entes, visto que o art. 151, III, da CRFB veda à União “*instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios*”.

A questão da possibilidade de ratificação de tratado que resultasse em isenção heterônoma, teoricamente vedada pelo dispositivo *supra* citado, foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) durante o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 229.096-0/RS⁴⁰, julgado em 16/08/2007. No caso em questão, questionou-se a validade/aplicabilidade do art. III.2 do Acordo geral sobre Tarifas e Comércio (usualmente conhecido como GATT) ao caso *sub judice* sob a alegação de o mesmo incidir sobre matéria de competência exclusiva dos estados da federação, em ocorrência o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), de competência estadual. Segundo os autores da ação, o referido dispositivo afronta o art. 151.III da CFB de 1988 que veda a União, uma das unidades administrativas do Brasil (ao lado dos estados, municípios e do Distrito Federal), de instituir isenções de tributos da competência dos estados, do Distrito federal ou dos municípios.

Conforme o entendimento do STF, o Presidente da República, ao exercer a sua competência privativa de manter relações internacionais nos termos do

⁴⁰ EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 DO ACORDO GERAL DE TARIFAS E COMÉRCIO. ISENÇÃO DE TRIBUTO ESTADUAL PREVISTA EM TRATADO INTERNACIONAL FIRMADO PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. ARTIGO 151, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ARTIGO 98 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ISENÇÃO HETERÔNOMA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. 1. A isenção de tributos estaduais prevista no Acordo Geral de Tarifas e Comércio para as mercadorias importadas dos países signatários quando o similar nacional tiver o mesmo benefício foi recepcionada pela Constituição da República de 1988. 2. O artigo 98 do Código Tributário Nacional "possui caráter nacional, com eficácia para a União, os Estados e os Municípios" (voto do eminente Ministro Ilmar Galvão). 3. No direito internacional apenas a República Federativa do Brasil tem competência para firmar tratados (art. 52, § 2º, da Constituição da República), dela não dispondo a União, os Estados-membros ou os Municípios. O Presidente da República não subscreve tratados como Chefe de Governo, mas como Chefe de Estado, o que descaracteriza a existência de uma isenção heterônoma, vedada pelo art. 151, inc. III, da Constituição. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido.(RE 229096, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 16/08/2007, DJe-065 DIVULG 10-04-2008 PUBLIC 11-04-2008 EMENT VOL-02314-05 PP-00985 RTJ VOL-00204-02 PP-00858 RJTJRS v. 45, n. 275, 2010, pp. 29-42).

artigo 84, VIII da CRFB, atua como Chefe de Estado, representando a República Federativa do Brasil, e não como representante da União, encarada esta como parte integrante da Federação⁴¹.

Mas se no plano internacional a ratificação do tratado pelo Presidente vincula o País perante as demais Partes - salvo condições suspensivas - no plano interno sua vigência ainda depende de sua promulgação, mediante Decreto do Presidente da República, e subsequente publicação no Diário Oficial da União; o que normalmente ocorre depois que o tratado em tela entre em vigor no âmbito internacional.

Note-se, contudo, que a exigência da promulgação por decreto presidencial não está prevista na CRFB ou na legislação brasileira infraconstitucional, mas constitui prática existente desde o Império do Brasil⁴².

Nesse sentido, o STF decidiu, no julgamento da Carta Rogatória 8.279/AT, que os tratados somente se tornam obrigatórios no plano interno após a devida promulgação e publicação do decreto presidencial⁴³. Tal

⁴¹ Em realidade, a dúvida quanto à verdadeira função exercida pelo Presidente da República ao firmar tratado internacional surgiu diante da aparente contradição com o artigo 21.I da CRFB que prevê a competência da União para manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais..

⁴² TIBURCIO, CARMEN. *Temas de Direito Internacional...op. cit.*, p.7.

⁴³ E M E N T A: MERCOSUL - CARTA ROGATÓRIA PASSIVA - DENEGAÇÃO DE EXEQUATUR - PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES (OURO PRETO/MG) - INAPLICABILIDADE, POR RAZÕES DE ORDEM CIRCUNSTANCIAL - ATO INTERNACIONAL CUJO CICLO DE INCORPORAÇÃO, AO DIREITO INTERNO DO BRASIL, AINDA NÃO SE ACHAVA CONCLUÍDO À DATA DA DECISÃO DENEGRATÓRIA DO EXEQUATUR, PROFERIDA PELO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL, O DIREITO COMUNITÁRIO E O DIREITO NACIONAL DO BRASIL - PRINCÍPIOS DO EFEITO DIRETO E DA APLICABILIDADE IMEDIATA - AUSÊNCIA DE SUA PREVISÃO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULA GERAL DE RECEPÇÃO PLENA E AUTOMÁTICA DE ATOS INTERNACIONAIS, MESMO DAQUELES FUNDADOS EM TRATADOS DE INTEGRAÇÃO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. A RECEPÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM GERAL E DOS ACORDOS CELEBRADOS NO ÂMBITO DO MERCOSUL ESTÁ SUJEITA À DISCIPLINA FIXADA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - A recepção de acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL está sujeita à mesma disciplina constitucional que rege o processo de incorporação, à ordem positiva interna brasileira, dos tratados ou convenções internacionais em geral. É, pois, na Constituição da República, e não em instrumentos normativos de caráter internacional, que reside a definição do iter procedimental pertinente à transposição, para o plano do direito positivo interno do Brasil, dos tratados, convenções ou acordos - inclusive daqueles celebrados no contexto regional do MERCOSUL - concluídos pelo Estado brasileiro. (...) A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL depende, para efeito de sua ulterior execução no plano

entendimento leva a situações especialmente graves, se considerarmos a prática comum aos últimos Presidentes da República em “esquecer” de promulgar e publicar tratados já ratificados. De fato, a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de 1994, ratificada pelo Brasil em 02 de março de 2014, há mais de dois anos “aguarda” promulgação. Situação ainda mais preocupante é a da Convenção Internacional para Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, ratificada pelo Brasil em 29 de novembro de 2011 que, passados quase 5 anos, ainda carece de promulgação e publicação. Neste íterim, tais diplomas são obrigatórios internacionalmente, mas não internamente.

Esta peculiaridade do regime de internalização de tratados pelo Brasil leva parte da doutrina a caracterizar o sistema brasileiro como dualista, visto que tal mecanismo complexo de recepção, com a exigência de ato normativo próprio (decreto presidencial) constituiria prova inequívoca da ausência de exequibilidade e de efeito da norma internacional no plano interno⁴⁴.

O ordenamento brasileiro, contudo, é integralmente ostensivo, sendo imprescindível a concessão de publicidade a todos os atos normativos através de promulgação e publicação em Diário Oficial⁴⁵. Ademais, a CRFB prevê, em seu artigo 105, III, a, competir ao Superior Tribunal de Justiça “*julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência*”; e em seu artigo 102, III, b, competir ao STF “*julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida (...) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal*”.

Ora, se é possível o controle de constitucionalidade do tratado internacional – e não do decreto presidencial que o promulgou – não resta

interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) exequibilidade do ato de direito internacional público, que passa, então - e somente então - a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. (...). (CR 8279 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1998, DJ 10-08-2000 PP-00006 EMENT VOL-01999-01 PP-00042).

⁴⁴ ARAUJO, NADIA DE. Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira. 4ªed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.p.166.

⁴⁵ REZEK, JOSÉ FRANCISCO. Direito Internacional Público. 11ªed, São Paulo: Saraiva, 2008, pp.78-79.

dúvidas de que este produz efeitos por si só no Brasil, tendo o decreto presidencial a única função de tornar pública a ratificação do tratado internacional.

III. OS EFEITOS DOS TRATADOS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

O fato de um tratado internacional ter sido incorporado ao ordenamento jurídico de um dado Estado, contudo, não significa que será considerado capaz de criar direitos ou obrigações exigíveis perante os tribunais locais⁴⁶.

Por outro lado, no próprio direito internacional há obrigações que podem (ou devem) ser cumpridas diretamente pelos Estados, como tratados que visam tão somente a adesão a uma organização internacional, e obrigações cujo cumprimento depende da adoção de medidas práticas pelo Estado, em especial a sua regulamentação interna. Assim, ao ratificar a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, não houve a tipificação imediata do crime de tortura no ordenamento brasileiro, mas sim a assunção do compromisso pelo Estado de adotar todas as medidas necessárias para impedir a prática de tais atos.

Em ambos os casos mencionados, o que se discute é a natureza da obrigação assumida pelo Estado no plano internacional: no primeiro caso, a obrigação principal, qual seja, a adesão à organização internacional, era uma obrigação direta que restou cumprida no momento da ratificação, enquanto no segundo há obrigações indiretas ainda a serem cumpridas. Tanto em relação às obrigações diretas quanto às indiretas há, ainda, a análise quanto ao conteúdo das normas contidas no tratado, se são normas auto-executáveis ou programáticas.

Os tratados cujas normas sejam auto-executáveis criarão direitos e obrigações exigíveis perante os tribunais locais imediatamente, enquanto os tratados cujas normas forem meramente programáticas não. A questão mais sensível, contudo, é o fato de ser o próprio direito interno que determina se determinado tratado será considerado como compreendendo normas auto-executáveis ou meramente programáticas⁴⁷.

Um dos casos mais relevantes apreciados pelo judiciário brasileiro sobre a questão referiu-se ao Acordo TRIPS (*Trade-Related Aspects of Intellectual*

⁴⁶ BUERGENTHAL, TOMAS. Self-Executing and Non-Self Executing Treaties in National and International Law. *Recueil des Cours. Académie de Droit International de la Haye. Dordrecht (Pays-Bas) : Martinus Nijhoff. Tomo 235, 1992, p. 317.*

⁴⁷ *Ibidem.*

Property Rights). Conforme Ana Cristina Pereira⁴⁸, a controvérsia consistia na produção, ou não, de efeitos diretos do referido Acordo para o particular, isto é, se um indivíduo poderia demandar perante os tribunais pátrios um direito fundado diretamente no Acordo na medida em que ainda vigorava no País lei dispondo o contrário⁴⁹.

Em apertada síntese, os casos levados ao judiciário brasileiro versavam sobre o período de duração das cartas patentes expedidas antes da entrada em vigor do Acordo para o Brasil, já que o prazo previsto pelo Acordo (20 anos) era superior ao prazo de proteção patentária previsto na legislação vigente (15 anos). As empresas que, em 1995, estavam prestes a perder a proteção patentária ingressaram em juízo alegando basicamente que o Acordo TRIPS teria aplicação imediata no território brasileiro, sem a necessidade de regulamentação, por ser um acordo auto executável.

Para a identificação da auto-executoriedade de um tratado internacional, ou algumas de suas normas, é imprescindível analisar seu conteúdo. O intérprete deve valer-se de métodos interpretativos adequados para determinar se o tratado possui regras de natureza programática, cuidando de princípios, estabelecimento de metas, diretrizes e afins, ou se há normas de eficácia plena. O artigo 1.1 do Acordo TRIPS refere-se expressamente à lei interna dos Membros da OMC, deixando clara a necessidade de regulamentação, até por estabelecer o Acordo apenas um período mínimo de proteção patentária, podendo o Estado ofertar proteção maior.

Nesse ponto, convém retomar dois conceitos fundamentais: direito internacional uniformizador e direito internacional harmonizador. O primeiro corresponde às *“atividades de caráter internacional, objeto de convenções internacionais que uniformizam as regras jurídicas disciplinadoras da matéria por meio de leis uniformes”*⁵⁰. Já o segundo, corresponde às atividades adotadas visando tão somente a harmonização do tratamento dado a determinada matéria, em regra estabelecendo parâmetros mínimos a serem seguidos, mas deixando ao Estado a decisão quanto à melhor forma de adequar o seu ordenamento.

Como regra geral, os tratados que visam à uniformização do direito, isto é, a adoção das mesmas regras pelos Estados – caso, por exemplo, da Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias -, será o tratado auto-executável. Já os tratados que visam tão somente a harmonização dos ordenamentos tendem a ser considerados como

⁴⁸ PEREIRA, ANA CRISTINA PAULO. A Proteção Patentária Interna e Internacional: implicações do acordo TRIPS/OMC na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.35.

⁴⁹ Lei 5.772 de 21/12/1970, que permaneceu em vigor até 21/12/1970.

⁵⁰ DOLINGER, JACOB. Direito Internacional Privado...op. cit., p.40.

meramente programáticos, dependendo, portanto, de regulamentação posterior.

Exceto por exemplos pontuais, não é possível definir de forma exaustiva quais tratados serão considerados como auto-executáveis, em especial por ser a caracterização de um tratado como meramente programático utilizada frequentemente como válvula de escape pelo judiciário local para evitar a aplicação de um tratado “indesejável”⁵¹.

IV. A POSIÇÃO HIERÁRQUICA DOS TRATADOS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Estabelecidos os pressupostos essenciais para a compreensão do tema, passa-se a analisar o posicionamento predominante no Brasil quanto à posição hierárquica dos tratados.

A doutrina brasileira historicamente defendia a aplicação direta dos tratados na ordem interna, com primazia absoluta destes. Adotava-se, portanto, o monismo absoluto, conforme defendido, entre outros, por OSCAR TENÓRIO e HAROLDO VALLADÃO⁵². Não obstante a prevalência da filiação ao monismo radical pela maioria da doutrina internacionalista brasileira, o constituinte optou pela omissão, não havendo qualquer previsão na CRFB sobre o tema⁵³, com ressalva aos tratados que versem sobre direitos humanos, que serão objeto de análise posterior.

Mesmo os doutrinadores que defendiam o monismo absoluto, divergiam quanto aos conflitos entre tratado e constituição. Segundo JACOB DOLINGER, VALLADÃO afirmava que nova constituição não revogaria tratado anteriormente ratificado, mas tratado ratificado em contrariedade com a constituição seria inválido internacionalmente, enquanto Hildebrando Accioly defenderia a prevalência dos tratados internacionais mesmo em relação à constituição, usando para tanto precedente da Corte Permanente de Justiça Internacional datada de 1932⁵⁴.

REZEK, ao analisar a questão, conclui que por ocupar o vértice do ordenamento interno, a Constituição exerce um papel especialmente relevante, de onde resulta que

⁵¹ BUERGENTHAL, TOMAS. Self-Executing and Non-Self Executing Treaties ...op. cit., pp. 368-369.

⁵² DOLINGER, JACOB. Direito Internacional Privado...op. cit. p.92.

⁵³ TIBURCIO, CARMEN. Conflito entre fontes: os casos da prisão civil. In: BAPTISTA, LUIZ OLAVO; MAZZUOLI, VALERIO DE OLIVEIRA. Doutrinas essenciais: direito internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.96.

⁵⁴ DOLINGER, JACOB. Direito Internacional Privado...op. cit. pp. 94-95.

“dificilmente uma dessas leis fundamentais desprezaria, nesse momento histórico, o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, a si mesma, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado”⁵⁵.

Atualmente, a redação do já mencionado 102, III, b, da CRFB de 1988, que prevê expressamente a inconstitucionalidade de tratados internacionais não deixa dúvidas quanto à supremacia da constituição, mesmo em relação ao direito internacional. Mas e se houvesse normas constitucionais que afrontam regras imperativas de direito internacional, como a proibição do genocídio? Nesses casos, a maioria da doutrina defende a prevalência do direito internacional mesmo em relação à Constituição da República.

Ademais, durante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1480, o STF acabou com quaisquer dúvidas quanto à possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de tratados internacionais, manifestação relevante, ante a redação lacunosa do artigo 102, I, a, da CRFB, que não inclui os tratados como objetos possíveis de ação direta de inconstitucionalidade⁵⁶.

De fato,

“tão firme é a convicção de que a lei fundamental não pode sucumbir, em qualquer espécie de confronto, que nos sistemas mais obsequiosos para com o Direito das Gentes tornou-se encontrável o preceito segundo o qual todo tratado conflitante com a constituição só pode ser concluído depois de se promover a necessária reforma constitucional”⁵⁷

O Ministro do STF Luís Roberto Barroso refuta a ideia de soberania ilimitada do poder constituinte afirmando que o direito internacional, em especial determinados valores universais, impõe limites ao constituinte originário⁵⁸. Assim, apesar de, em regra, a constituição prevalecer em relação aos tratados internacionais como um todo, ela, assim como defendido por Kelsen, está sujeita a limites impostos pelo direito internacional.

⁵⁵ REZEK, JOSÉ FRANCISCO. *Direito dos Tratados...* op. cit. pp.461 – 462.

⁵⁶ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

⁵⁷ REZEK, JOSÉ FRANCISCO. *Direito dos Tratados...* op. cit. p. 462.

⁵⁸ BARROSO, LUÍS ROBERTO. *Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno*. In: BARROSO, LUÍS ROBERTO E CARMEN TUBURCIO. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 201.

Quanto à inconstitucionalidade dos tratados internacionais, duas possibilidades são identificadas: tratados formalmente inconstitucionais, ou sejam, ratificados em desacordo com a ordem constitucional, e tratados materialmente inconstitucionais, cujo conteúdo contraria normas constitucionais.

A inconstitucionalidade formal de um tratado se dará quando este foi concluído em desacordo com o ritual previsto constitucionalmente, por exemplo, se ratificado por autoridade incompetente. Esta é a única hipótese, por sinal, admitida pela CVDT 1969. De fato, de acordo com esta,

“a alegação de determinado Estado, no sentido de que seu consentimento em obrigar-se pelo tratado foi inválido por violar disposição de seu Direito interno, carecerá de valor no âmbito internacional, a menos que tal disposição (do Direito interno) seja sobre competência para celebrar tratados e, ainda, de importância fundamental”⁵⁹.

Quanto ao controle de inconstitucionalidade material de tratados, este vem sendo admitido desde a primeira Constituição Republicana⁶⁰. Neste sentido, ao julgar a Representação 803/1977, decidiu o STF pela inconstitucionalidade de trechos da Convenção 110 da OIT⁶¹. No mesmo

⁵⁹ MAZZUOLI, VALERIO DE OLIVEIRA. Curso de Direito Internacional Público. 8ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.318.

⁶⁰ BARROSO, LUÍS ROBERTO. Constituição e tratados internacionais...op. cit., 2013, p.211.

⁶¹ REPRESENTAÇÃO QUE SE PRENDE AO DECRETO LEGISLATIVO N.33, DE 5.8.1964, QUE RATIFICOU A CONVENÇÃO N. 110, RELATIVA ÀS CONDIÇÕES DE EMPREGO DOS TRABALHADORES EM FAZENDAS, CELEBRADA EM GENEBRA A 26.6.1958, E AO DECRETO N. 58.826, DE 14.7.1966. II- INCONSTITUCIONALIDADE DAS LOCUÇÕES 'SEM AUTORIZAÇÃO PREVIA' E ' COM A ÚNICA CONDIÇÃO DE SE SUJEITAREM AOS ESTATUTOS DESTAS ULTIMAS', CONSTANTES NO ART. 62, POR AFRONTAREM O DISPOSTO NO ART. 159 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VENCIDO, EM PARTE, O MINISTRO ELOY DA ROCHA. III- O ART. 63 NÃO PADECE DE INCONSTITUCIONALIDADE POIS PRESSUPOE O RESPEITO A LEI, SEGUNDO ESTA DITO NO SEU N. 2 . ADEMAIS, MERECE CONJUGAÇÃO COM O ART.68, N.1, ONDE SE FALA EM OBEDIENCIA AS LEIS LOCAIS. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS. IV- INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSAO 'OU SUSPENSÃO' DO ART. 64, POIS SE CONTRAPOE AO ALCANCE DO ART. 159 DA CONSTITUIÇÃO. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS. V- REJEITADA, POR MAIORIA DE VOTOS, A ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART-65,DESDE QUE A REGRA SE HARMONIZA COM O DIREITO DE ASSOCIAÇÃO. VI- REJEITADA A ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 66 E 67, DESDE QUE FORAM EXPUNGIDOS DOS ARTS. 62 E 64 AS EXPRESSÕES CONTRARIAS A CONSTITUIÇÃO. VENCIDOS O RELATOR E O PRESIDENTE, QUE OS CONSIDERAVAM ILEGITIMOS NAS REMISSÕES AOS ARTS. 62 E 64. VII-ACOLHIDA A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 68, N.2, POR VIOLAR O ART. 159 DA CONSTITUIÇÃO, VENCIDO O MINISTRO ELOY DA ROCHA. VIII-

sentido, ao julgar o Recurso Extraordinário 109.173, afirmou o STF ser inadmissível a prevalência de tratados e convenções internacionais em relação à Constituição da República⁶².

Neste contexto, surgem discussões sobre tratados que versem sobre temas sujeitos a tratamento especial no regime constitucional em vigor. No já citado Recurso Extraordinário n.º 229.096-0/RS, embora o STF tenha decidido pela validade do GATT com base no entendimento de que o tratado fora celebrado pelo Chefe de Estado, e não pelo Chefe de Governo (da União), esse argumento, por si só, não seria suficiente para afastar a vedação do dispositivo constitucional supra. Nesse sentido, o voto do Ministro do STF, Sepúlveda Pertence, no caso, esclarece que o simples fato de ser o Chefe de Estado quem se compromete no plano internacional não bastaria por si só para permitir-lhe a celebração de tratados que estabeleçam isenções de tributos de competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Com efeito, é necessário que o dispositivo contestado, i.e. o art. 1.II do GATT, não verse sobre matéria que por força da Constituição seja de competência exclusiva dos estados da federação. Nesse sentido, esclarece em seu voto que:

“(...) Ao argumento de que não é a União, enquanto ordem jurídica parcial central, que firma o tratado internacional, mas sim a República Federativa do Brasil, enquanto ordem jurídica global (o Estado Brasileiro), contrapomos que, no plano interno, mesmo quando essa pessoa política representa a Federação, não pode conceder isenções heterônomas, com exceção das expressamente autorizadas nos arts. 155, § 2º, XII, ‘e’, e 156, § 3º, II ambos da CF”⁶³.

REJEITADA A ILEGITIMIDADE DOS ARTS. 69 E 70. O PRIMEIRO CINGE-SE A FIXAR O CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO, EM TERMOS QUE NÃO CONTRARIAM O NOSSO SISTEMA CONSTITUCIONAL, ENQUANTO O SEGUNDO PRENDE-SE A UM COMPROMISSO PARA TORNAR EFETIVO O LIVRE EXERCÍCIO DO DIREITO SINDICAL. INFERE-SE DA SUA LEITURA A INEXISTÊNCIA DE CONFLITO MANIFESTO COM A LEI MAGNA. (Rp 803, Relator(a): Min. DJACI FALCAO, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/1977, DJ 17-03-1978 PP-01414 EMENT VOL-01088-01 PP-00019 RTJ VOL-00084-03 PP-00724).

⁶² EMENTA: - ICM. Importação de bens de capital. Súmula 575 (inaplicação). Art. 23, II, § 11, da Constituição Federal. Se a importação ocorreu na vigência da Emenda Constitucional nº 23/83, incide o ICM na importação de bens de capital. Inadmissível a prevalência de tratados e convenções internacionais mais contra o texto expresso da Lei Magna. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 109173, Relator(a): Min. CARLOS MADEIRA, Segunda Turma, julgado em 27/02/1987, DJ 27-03-1987 PP-05166 EMENT VOL-01454-02 PP-00406 RTJ VOL-00121-01 PP-00270).

⁶³ RE 229.096/RS, DJE n.º 065, Publicação 11/04/2008, p. 1002.

Quanto ao mérito, como explica o Relator do Acórdão, Ministro Ilmar Galvão, em seu voto, o GATT não ofende a norma do art. 151.III da CRFB de 1988, porquanto não impõe nenhuma isenção tributária ou algo que o valha. Outrossim, o dispositivo determina aos Membros da Organização Mundial do Comércio (OMC) que confirmem tratamento tarifário aos produtos importados igual àquele conferido aos produtos nacionais similares. Trata-se, portanto, de norma de caráter geral, que rege o modo de aplicação dos tributos internos e, em hipótese alguma, determina qualquer isenção específica.

Outra questão controversa é a aprovação de tratados que versem sobre matérias sujeitas à reserva de lei complementar⁶⁴. A questão principal é se um tratado internacional, cuja ratificação é autorizada por maioria simples das duas Casas que compõe o Congresso Nacional, pode entrar no campo de matérias que, de acordo com o regime constitucional vigente, estão reservadas à lei complementar, demandando aprovação por maioria absoluta das duas Casas⁶⁵.

A questão foi submetida ao STF quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.480, cujo objeto era a Convenção 158 da OIT – proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, matéria que é reservada à lei complementar pelo artigo 7º, I, da CRFB⁶⁶.

O STF proferiu, no caso, decisão extremamente detalhada, pondo fim, em especial, à controvérsia quanto à possibilidade de ratificação de tratado que verse sobre matéria reservada a lei complementar.

Neste ponto, entendeu o STF que o primado da Constituição prevalece em relação ao princípio do *pacta sunt servanda*, inclusive quanto às regras sobre ritos e procedimentos para a edição de atos normativos sobre

⁶⁴ O artigo 163 da CRFB determina as matérias que devem ser regidas por lei complementar, como, por exemplo, as relativas às finanças públicas e à dívida pública externa e interna.

⁶⁵ Nos termos do artigo 59 da CRFB, o processo legislativo compreende a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Com a exceção das emendas à Constituição, que possuem, por certo, hierarquia superior, as demais espécies legislativas diferem basicamente pela matéria tratada e pelo rito de votação. O rito comum, seguido, também, para a aprovação de tratados internacionais, é o rito da lei ordinária, que demanda a aprovação por maioria simples dos integrantes do Congresso Nacional, conforme o artigo 47 da CRFB. Já as leis complementares, reservadas pelo constituinte a matérias mais sensíveis, demandam a aprovação por maioria absoluta, conforme o artigo 69 da CRFB.

⁶⁶ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

determinadas matérias. Assim, não é possível a celebração de tratado pelo Brasil que verse sobre matéria reservada à lei complementar⁶⁷.

⁶⁷ E M E N T A: - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) - POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) - CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) - CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS - POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. (...) TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. - O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio *pacta sunt servanda*, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em conseqüência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, DESDE QUE OBSERVADA A INTERPRETAÇÃO CONFORME FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - A Convenção nº 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno, não consagrou, como única conseqüência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, como o Brasil, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego. Pelo contrário, a Convenção nº 158/OIT expressamente permite a cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e

Em caso mais recente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi ainda mais longe para determinar que mesmo uma simples portaria, ato meramente administrativo, deve prevalecer sobre um tratado internacional quando tiver por objetivo executar regra constitucional de desenvolvimento regional e nacional⁶⁸.

Firmado o entendimento de inferioridade hierárquica dos tratados internacionais em relação à Constituição da República, resta analisar a questão da relação entre tratados internacionais e lei interna infraconstitucional.

A maior parte da doutrina brasileira identificava o Estado como sendo monista com primazia do direito internacional em relação à legislação infraconstitucional, tendo em vista o teor das Apelações Cíveis 7.872 e 9.587 julgados pelo STF, respectivamente, em 1943 e 1951 que tendiam pela impossibilidade de revogação de tratado por legislação posterior. Segundo JACOB DOLINGER, tais decisões, bem como as demais identificadas com determinação de prevalência do direito internacional, referiam-se tão somente a tratados-contrato, sem qualquer tipo de aplicabilidade aos chamados tratados-lei, ou a conflitos entre tratado posterior e lei anterior⁶⁹.

O grande paradigma jurisprudencial brasileiro sobre o tema foi o Recurso Extraordinário 80.004⁷⁰. Tratava-se aí do conflito entre a Lei Uniforme de

a prática nacionais, adotando, em consequência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória. Análise de cada um dos Artigos impugnados da Convenção n.º 158/OIT (Artigos 4.º a 10) (ADI 1480 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/1997, DJ 18-05-2001 PP-00429 EMENT VOL-02031-02 PP-00213).

⁶⁸ Mandado de Segurança n.º 11.862-DF. Julgado em 22 de abril de 2009. No caso em tela, o conflito se dava com o Acordo TRIMS (*Trade-Related Investments Measures*), um dos acordos da OMC, que proíbe a exigência de conteúdo local na fabricação de produtos domésticos. A Portaria Interministerial n.º 15, adotada pelo Ministério do Desenvolvimento Indústria e Comércio em 23/01/2006, estabelece um índice de nacionalização da aquisição de resina PET às indústrias situadas na Zona Franca de Manaus em causa, com o claro objetivo de proteger a indústria nacional. Interessante notar que o acórdão vai buscar fundamento também na Lei n.º 8.884/1994 (lei da concorrência), a qual, curiosamente, diz o contrário, ao estabelecer a primazia dos tratados em seu 2.º.

⁶⁹ DOLINGER, JACOB. *Direito Internacional Privado* op. cit. p. 111.

⁷⁰ CONVENÇÃO DE GENEVRA, LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS - AVAL APOSTO A NOTA PROMISSÓRIA NÃO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE DE SER O AVALISTA ACIONADO, MESMO PELAS VIAS ORDINÁRIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI Nº 427, DE 22.01.1969. EMBORA A CONVENÇÃO DE GENEVRA QUE PREVIU UMA LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS TENHA APLICABILIDADE NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO, NÃO SE SOBREPÕE ELA ÀS LEIS DO PAÍS, DISSO DECORRENDO A CONSTITUCIONALIDADE E

Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, promulgado pelo Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966, e o Decreto-Lei 427, de 22 de janeiro de 1969, que condicionou a exequibilidade de nota promissória a seu registro prévio no Ministério da Fazenda, requisito inexistente na Lei Uniforme.

Em decisão prolatada em 01 de junho 1977, prevalecera a tese de que, havendo conflito entre tratado anterior e lei posterior, deve prevalecer a lei posterior, eis que esta seria a última vontade do legislador, sem embargo das consequências decorrentes do descumprimento do tratado no plano internacional. Isso porque a lei posterior não é capaz de desobrigar o país internacionalmente, na medida em que não equivale à denúncia do mesmo. Tal fato se deve à inexistência, no Brasil, de garantia de privilégio hierárquico aos tratados internacionais, que recebem tratamento idêntico àquele conferido a lei ordinária⁷¹.

Após o julgamento do RE 80.004, consolidou-se na jurisprudência brasileira o entendimento de que inexistente distinção hierárquica entre tratado internacional e lei ordinária, devendo eventuais conflitos serem resolvidos pelas regras tradicionais de solução de antinomia – posterior prevalece sobre anterior, especial prevalece sobre geral.

Contudo, a polêmica não ficara completamente sanada, haja vista a previsão legal de primazia dos tratados sobre o direito interno que se observa em matéria de direito penal (art. 5º do Código Penal e art. 1º do Código de Processo Penal)⁷², de direito tributário (art. 98 do Código Tributário Nacional), de transporte internacional (art. 178 da CFRB)⁷³ e de

CONSEQUENTE VALIDADE DO DEC-LEI Nº 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 APOSTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.(RE 80004, Relator(a): Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/1977, DJ 29-12-1977 PP-09433 EMENT VOL-01083-04 PP-00915 RTJ VOL-00083-03 PP-00809).

⁷¹ REZEK, JOSÉ FRANCISCO. *Direito dos Tratados...* pp.471 – 472.

⁷² Nesse âmbito, estariam incluídos os tratados de extradição, cuja primazia fora assentada na jurisprudência do STF em relação ao Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980). Nesse sentido, o Habeas Corpus 58.727, julgado pelo Tribunal Pleno em 18/03/1981 (DJ 03-04-1981 PP-02854 EMENT VOL-01206-01 PP-00233 RTJ VOL-00100-03 PP-01030) Contudo, alguns doutrinadores sustentam que as decisões do STF não foram uma verdadeira opção pela primazia do direito internacional, mas simplesmente seguem o posicionamento clássico de que lei especial (assim considerados os tratados de extradição) prevalece sobre lei geral (DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado...* op. cit. pp. 107-108).

⁷³ Paradoxalmente, o artigo 732 do Código Civil determina que: “aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as

concorrência (art. 2º da Lei 8.884/1994). O fato é que, apesar dos referidos dispositivos determinarem a primazia dos tratados internacionais sobre o direito interno, nossos tribunais preferem interpretá-las sob o prisma do critério da especialidade⁷⁴.

Há ainda quem sustente haver exceção ao entendimento de que os tratados se equiparam a lei ordinária no tocante aos chamados tratados-contrato, os quais se contrapõem aos tratados-normativos. Esta classificação, desenvolvida originalmente por CHARLES ROUSSEAU, defende a existência de uma categoria especial de tratados, os tratados-contrato, através dos quais as partes realizam uma operação jurídica, enquanto nos demais tratados há a adoção de uma regra de direito objetivamente válida⁷⁵. Em se tratando de tratados-contrato, a tendência do judiciário brasileiro é pela prevalência destes em relação ao direito interno, como decidido pelo STF nos Recursos Extraordinários 114.784, 113.156 e 130.765, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do Recurso Especial 228.324⁷⁶.

A última grande exceção é o tratamento dado aos tratados que versem sobre a proteção de direitos humanos. A CRFB prevê, em seu artigo 5º, §2º, 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”. Com base neste dispositivo surgiu longa discussão envolvendo conflitos, sobretudo da CRFB com o Pacto de San José da Costa Rica.

O fato é que, enquanto a CRFB prevê no artigo 5º, LXVII que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”, o Pacto de San José da Costa Rica prevê, em seu artigo 7º, 7, que “ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. Para tornar o conflito ainda mais complexo, o legislador ordinário equiparou o devedor fiduciante ao depositário (art. 66 da Lei nº 4.728/65). Haveria, assim, duas hipóteses de prisão civil no

disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais”. Não há até o momento decisões do STF ou do Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação deste dispositivo.

⁷⁴ Nesse sentido, julgou o STJ no Recurso Especial n.º 1.149.529, em 04/03/2010, ao conferir primazia ao Acordo Internacional sobre Transporte Aéreo firmado entre o Brasil e os Estados Unidos (Decreto 446/1992), de modo a afastar a cobrança da CPMF sobre a remessa de receitas auferidas no Brasil ao país de origem da empresa aérea DELTA AIR. Ainda nesse sentido, o Recurso Especial n.º 1272897-PE, julgado pelo STJ em 19/11/2015 e o Recurso Especial n.º 1161467-RS, julgado em 15/05/2012, ambos sobre matéria tributária.

⁷⁵ REZEK, JOSÉ FRANCISCO. Direito dos Tratados... pp.129-130.

⁷⁶ DOLINGER. JACOB. Direito Internacional Privado...op. cit. p. 110.

ordenamento brasileiro incompatíveis com o Pacto de San José da Costa Rica.

O STF decidia reiteradamente pela possibilidade de prisão do depositário infiel⁷⁷, situação que somente começou a se modificar com a edição da Emenda Constitucional 45 de 2004, que incluiu o §3º ao artigo 5º da CRFB, determinando que:

“os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”⁷⁸.

A aceitação da existência de tratado internacional com a mesma hierarquia de norma constitucional encerra com a lógica sistemática da recepção de tratados com hierarquia de lei ordinária, mas não acabou de vez com a discussão, pois o novo dispositivo somente valeria para os tratados que ainda viriam a ser aprovados. Diante desse novo quadro, o STF, ao julgar o HC 87.585/TO⁷⁹ mudou o seu entendimento quanto ao já mencionado artigo 5º,

⁷⁷ Recurso extraordinário. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil. - 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. - Esse entendimento voltou a ser reafirmado recentemente, em 27.05.98, também por decisão do Plenário, quando do julgamento do RE 206.482. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. - Inconstitucionalidade da interpretação dada ao artigo 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica no sentido de derogar o Decreto-Lei 911/69 no tocante à admissibilidade da prisão civil por infidelidade do depositário em alienação fiduciária em garantia. - É de observar-se, por fim, que o § 2º do artigo 5º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, e isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 253071, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 29/05/2001, DJ 29-06-2001 PP-00061 EMENT VOL-02037-06 PP-01131).

⁷⁸ Até o momento, somente a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo adicional foram aprovados seguindo tal rito (Decreto legislativo 186/2008, Decreto presidencial 6.949/2009).

⁷⁹ DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. (HC 87585, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009 EMENT VOL-02366-02 PP-00237).

§2º da CRFB, afirmando que aos tratados sobre direitos humanos em geral deve-se conferir “*um status diferenciado, superior ao do direito ordinário interno, embora não os eleve ao nível de normas constitucionais (o que somente seria possível pela via do §3º do mesmo artigo)*”⁸⁰.

Por fim, importante ressaltar a existência de relevante posicionamento doutrinário, ainda não confirmado por nossas cortes supremas, segundo o qual a tardia ratificação pelo Brasil da CVDT 1969, ocorrida somente por meio do Decreto-Lei n.7.030, de 14 de dezembro de 2009, implicaria primazia do direito internacional sobre a norma infraconstitucional ante a regra do art. 27 da referida convenção⁸¹.

V. CONCLUSÃO

No Brasil, a omissão do constituinte e do legislador ordinário quanto ao direito dos tratados levou a uma série de incertezas, tornando imprescindível a intervenção do judiciário, responsável, inclusive, pela consolidação do rito atual de internalização de tratados, ao decidir, por exemplo, ser imprescindível a promulgação e publicação de decreto presidencial para o início de sua vigência interna.

Observa-se ainda haver alguma confusão entre a vigência do tratado e a eficácia da norma internacional, embora se trate de situações distintas: uma versa sobre o momento em que o tratado passa a existir na ordem jurídica, a outra de característica da norma, que lhe permitirá, ou não, produzir seus efeitos sem a necessidade de nova lei interna. Sendo assim, é possível encontrar no mesmo tratado normas com caráter auto-executório e normas simplesmente programáticas.

Por mais que classificação tradicional entre Estados monistas e dualistas tenha perdido parte do seu sentido ante a dificuldade de categorização da prática dos Estados, costuma dizer-se que o Brasil adota posicionamento monista moderado como regra geral. Portanto, ainda prevalece o entendimento de que lei ordinária e tratado internacional (que não verse sobre direitos humanos) possuem a mesma hierarquia. Dessa forma, os conflitos entre tais fontes tem sido resolvidos pelos critérios da cronologia e especialidade, com ênfase nesse segundo, em que pese a insegurança jurídica que essa tendência gera.

Quanto aos tratados que versam sobre direitos humanos, estes possuem tratamento especial. Caso tenham sido aprovados seguindo o rito constitucionalmente previsto para a Emenda à Constituição, terão hierarquia

⁸⁰ TIBURCIO, CARMEN. Conflito entre fontes...op. cit., p.101.

⁸¹ ACCIOLY, HILDEBRANDO, NASCIMENTO E SILVA, G.E., CASELLA, PAULO BORBA. Manual de Direito Internacional Público...op. cit., p.236.

constitucional, inclusive integrando o bloco de constitucionalidade e servindo como paradigma para controle concentrado de constitucionalidade de leis e outros tratados internacionais. Caso não tenham sido aprovados seguindo tal rito, possuirão status supralegal, sujeitos a controle de constitucionalidade, mas prevalecendo em relação a toda a legislação infraconstitucional.

Em razão da rápida evolução do tratamento dado pelo STF à matéria, em especial após a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004 e da ratificação da CVDT 1969 pelo Brasil em 2009, na qual está clara a primazia dos tratados sobre o direito interno no âmbito internacional, espera-se alguma mudança progressista que propicie a uma maior segurança jurídica na matéria tanto no âmbito interno como no das relações internacionais.⁸²

REFERÊNCIAS

- AUST, ANTHONY. *Modern Treaty Law and Practice*. Third Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- ACCIOLY, HILDEBRANDO, *NASCIMENTO E SILVA, G.E., CASELLA*, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público. 21ªed, São Paulo: Saraiva, 2014.
- ALMEIDA, PAULA *Wojcikiewicz. A tendência de conclusão dos acordos em forma simplificada: evolução e prática brasileira*. Assunção, Paraguai. Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão, vol.1, 2003, pp.161-184.
- ARAÚJO, NADIA DE. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 4ªed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CASTRO, AMILCAR DE. *Direito Internacional Privado*. 3ªed, Rio de Janeiro:Forense, 1977.
- BARROSO, LUÍS ROBERTO. *Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno*. In: BARROSO, Luís Roberto; Tiburcio, Carmen. Direito Constitucional Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, pp.193-224.
- BROWNLIE, IAN. *Principles of Public International Law*. SIXTH EDITION. NEW YORK: OXFORD UNIVERSITY PRESS INC. 2003.
- BUERGENTHAL, TOMAS. *Self-Executing and Non-Self Executing Treaties in National and International Law*. Recueil des Cours. Académie de Droit International de la Haye. Dordrecht (Pays-Bas) : Martinus Nijhoff. Tomo 235, 1992. pp. 303-400.
- BYSTRONSKI, GUILHERME FONSECA. *Concretismo: uma abordagem institucional para analisar as relações entre o direito internacional e o direito interno*. 2003.301p. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e da Integração Econômica) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2003.

⁸² Nesse sentido, vide relatório do Ministro do STF, Gilmar Mendes, no Recurso Extraordinário n.º 460320/PR, de 31/08/2011, no qual expressa que “a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite às entidades federativas internas do Estado brasileiro o descumprimento unilateral de acordo internacional, conflitaria com princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre Direito dos tratados (art. 27)”. Reiterou ainda que, “a possibilidade de afastamento da incidência de normas internacionais tributárias por meio de legislação ordinária (*treaty override*), inclusive em sede estadual e municipal, estaria defasada com relação às exigências de cooperação, boa-fé e estabilidade do atual panorama internacional (recurso pendente de decisão).

- CASTRO, AMILCAR DE. *Direito Internacional Privado*. 3ªed, Rio de Janeiro:Forense, 1977.
- DAMROSCH, LORI FISLER, HENKIN, LOUIS, MURPHY, SEAN D., SMIT, HANS. *International Law: Cases and Materials*. Chapter 14, Fifth Edition. Thomson Reuters: St. Paul (USA). 2009, pp. -1051-1128.
- DINH, NGUYEN QUOC; DAILLER, PATRICK; PELLET, ALAIN. *Droit International Public*. 7e edition. Paris: L.G.D.J., 2002.
- DOLINGER, JACOB. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 9ª ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- KELSEN, HANS. *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*. Recueil des Cours. Académie de Droit International de la Haye. Dordrecht (pays-Bas) : Martinus Nijhoff. Tomo 14, 1926, pp.227-331.
- MAZZUOLI, VALERIO DE OLIVEIRA. *Curso de Direito Internacional Público*. 8ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MELLO, CELSO D. DE ALBUQUERQUE. *Curso de Direito Internacional Público*. 1º Volume, Cap. XXII, 14ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.
- PEREIRA, ANA CRISTINA PAULO. *A Proteção Patentária Interna e Internacional: implicações do acordo TRIPS/OMC na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- REZEK, JOSÉ FRANCISCO. *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- REZEK, JOSÉ FRANCISCO. *Direito Internacional Público*. 11ªed, São Paulo: Saraiva, 2008.
- SHAW, MALCOLM N. *International Law*. Seventh Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- TIBURCIO, CARMEN. *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TIBURCIO, CARMEN. *Conflito entre fontes: os casos da prisão civil*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Doutrinas essenciais: direito internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp.89-102.
- TRIEPEL, CARL HEINRICH. *Les rapports entre le droit interne et le droit international*. Recueil des Cours. ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE. DORDRECHT (PAYS-BAS) : MARTINUS NIJHOFF. TOMO 1, 1923. PP. 77-121.
- TRIEPEL, CARL HEINRICH. *Völkerrecht und Landesrecht*. Leipzig : C.L. Hirschfeld, 1899.

