

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LEONARDO BRUNO PEREIRA DE MORAES

**TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO: A
CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE DIREITO DOS TRATADOS E O RECURSO
EXTRAORDINÁRIO 80.004/SE**

FLORIANÓPOLIS

2014

LEONARDO BRUNO PEREIRA DE MORAES

**TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO: A
CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE DIREITO DOS TRATADOS E O RECURSO
EXTRAORDINÁRIO 80.004/SE**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à
Universidade Federal de Santa Catarina para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Arno Dal Ri Júnior, Ph.D.

FLORIANÓPOLIS

2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Tratados Internacionais no Direito Interno Brasileiro: a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados e o Recurso Extraordinário 80.004/SE**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Leonardo Bruno Pereira de Moraes**, defendido em **14/11/2014** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 14 de Novembro de 2014

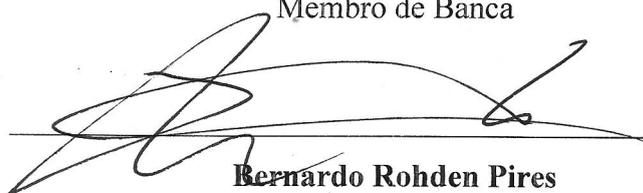


Arno Dal Ri Júnior
Professor(a) Orientador(a)



Arthur Rodrigues Dalmarco

Membro de Banca



Bernardo Rohden Pires

Membro de Banca

Aos meus pais, que fizeram de tudo para que essa caminhada fosse concretizada;

Aos amigos, colegas e namorada, com quem compartilhei minha trajetória na UFSC;

Aos professores do CCJ, pelos ensinamentos e lições que levarei para a vida;

Ao meu orientador, Prof. Arno Dal Ri Júnior, pelas conversas, e pelo incentivo à pesquisa, sem as quais nada disso seria possível;

Ao Centro Acadêmico XI de Fevereiro, pelos momentos mais especiais que vivi durante os meus anos na universidade.

“Para patriotas mais exacerbados, uma situação de conflito entre uma norma interna e outra convencional pode até produzir a ilusão romântica de um embate entre a vontade soberana do Estado contra a pressão imperialista internacional. Mas, em essência, representa a falta de coerência (e unidade) de um Estado, que se engaja num compromisso internacional para desrespeitá-lo em seguida.”

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo

RESUMO

Um dos maiores desafios do Direito Internacional sempre permaneceu sobre a eficácia de suas normas, seja no plano da sociedade de Estados, quanto no ordenamento jurídico interno das Nações. Dentro das tentativas de explicar a relação entre Direito Internacional e Direito Interno, destacam-se as teorias monista, liderada pelo jurista austríaco Hans Kelsen, e dualista, conduzida pelo alemão Heinrich Triepel e pelo italiano Dionisio Anzilotti. No primeiro caso, as normas advindas do Direito Internacional fazem parte do mesmo sistema jurídico que as provenientes do processo legislativo interno. De acordo com a teoria dualista, o sistema jurídico internacional não se confunde com o sistema jurídico interno, uma vez que o primeiro versa sobre relações entre Estados e o segundo entre Estado e indivíduos, direito público, ou somente entre indivíduos, direito privado. No direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988, assim como suas antecessoras, não estabeleceu expressamente as relações entre normas internacionais e as de origens nacionais, tendo o Supremo Tribunal Federal apresentado diretrizes diferentes ao longo do século XX. Nas décadas de 40 e 50, existiu uma corrente predominante pela supremacia do Direito Internacional, modificada no ano de 1977 quando foi julgado o Recurso Extraordinário 80.004, cujo entendimento majoritário indicou a paridade na relação entre tratados e leis nacionais. Entretanto, com o desenvolvimento do Direito Internacional nos últimos tempos e as mudanças nos seus objetivos e finalidades, que passaram a incluir seus efeitos nos ordenamentos jurídicos internos, as doutrinas estrangeiras e brasileiras sugerem a aplicação de conceitos aparentemente incompatíveis com a decisão do Supremo Tribunal Federal em 1977. Nesse aspecto, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, ratificada pelo Brasil em 2009, consagrou em seus artigos 26 e 27 o princípio do *pacta sunt servanda* e da impossibilidade de arguição do Direito Interno para se evadir de obrigações internacionais. Diante do compromisso assumido pelo Brasil no âmbito do Direito Internacional, questiona-se a manutenção do entendimento do Supremo Tribunal Federal, uma vez que em aparente desencontro com a Convenção de Viena.

Palavras-chave: *Direito Internacional; Tratados Internacionais; Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969; Supremo Tribunal Federal.*

ABSTRACT

One of the biggest challenges of international law has always remained on the effectiveness of its standards, whether in the sphere of the relations between states or in the sphere of the national legal systems. In attempts to explain the relation between international law and domestic law, there are the monistic conception, led by Austrian jurist Hans Kelsen, and the dualistic one, led by German Heinrich Triepel and by Italian Dionisio Anzilotti. In the first case, the rules from international law are part of the same legal system as the ones that come from the national law, created by the legislative procedure. According to the dualism, the international legal system is completely separate from domestic legal systems, because the first one concerns the relation only between States, and the second one concerns the relations between the State and the individuals, public law, or between individuals themselves, private law. In the Brazilian legal system, the Federal Constitution of 1988, like its predecessors, does not precisely establish the relations between international standards and national ones. The Federal Supreme Court shows different understandings along the twentieth century. In the 40s and 50s, there was a dominant understanding of the supremacy of international law, which was modified in 1977 when the Extraordinary Appeal 80.004/SE was judged by the Supreme Court. After this trial, international treaties would be considered at the same level of national law, below the Constitution. However, with the development of international law in recent times and changes in its goals and objectives, which now include its effects in internal legal systems, the Brazilian and foreign scholars indicate the application of concepts that are in contrast with the Supreme Court's decision of 1977. In this respect, the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, ratified by Brazil in 2009, establishes in Articles 26 and 27 the principle of *pacta sunt servanda* and the impossibility of using the national law to evade international obligations. Given the commitment made by Brazil within the international law, we question the maintenance of the understanding of the Supreme Court, because of its apparent disagreement with the Vienna Convention.

Keywords: *International Law; International Treaties; Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969; Federal Supreme Court.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. AS TEORIAS DE INCORPORAÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS	11
1.1 A TEORIA MONISTA SOB A PERSPECTIVA DE HANS Kelsen.....	12
1.1.1 O CONCEITO.....	12
1.1.2 CONFLITOS ENTRE DIREITO NACIONAL E INTERNACIONAL.....	13
1.1.3 TRANSFORMAÇÃO DE DIREITO INTERNACIONAL EM NACIONAL	13
1.1.4 APLICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL.....	14
1.2 A TEORIA DUALISTA SOB A PERSPECTIVA DE HEINRICH TRIEPEL	14
1.2.1 O CONCEITO.....	14
1.2.2 CONFLITOS ENTRE DIREITO NACIONAL E INTERNACIONAL.....	15
1.2.3 TRANSFORMAÇÃO DE DIREITO INTERNACIONAL EM NACIONAL	16
1.2.4 APLICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL.....	17
1.2.4 CONCLUSÕES PRELIMINARES	18
1.3 A PRÁTICA BRASILEIRA.....	20
2. O SISTEMA BRASILEIRO E AS NORMAS INTERNACIONAIS.....	27
2.1 A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO ANTES DE 1977	27
2.2 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 80.004/SE E OS TRATADOS INTERNACIONAIS COMO LEIS ORDINÁRIAS	30
2.2.1 VOTO DO MINISTRO CUNHA PEIXOTO	30
2.2.2 VOTO DO MINISTRO CORDEIRO GUERRA.....	32
2.2.3 VOTO DO MINISTRO LEITÃO DE ABREU	34
2.2.4 VOTO DO MINISTRO RODRIGUES ALCKMIN	36
2.2.5 VOTO DO MINISTRO ANTONIO NEDER.....	37
2.2.6 VOTO DO MINISTRO THOMPSON FLORES	38
2.2.7 VOTO DO MINISTRO ELOY DA ROCHA	38
2.2.8 RESULTADO DO JULGAMENTO	39
2.3 SITUAÇÕES PARTICULARES NO DIREITO BRASILEIRO: AS EXCEÇÕES APLICADAS ÀS ÁREAS DE DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITOS HUMANOS	39
2.3.1 DIREITO TRIBUTÁRIO	39
2.3.2 DIREITOS HUMANOS	41
3. A CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS	46
3.1 O PRINCÍPIO DO <i>PACTA SUNT SERVANDA</i> E O ARTIGO 27 DA CVDT	48
3.1.1 ARTIGO 26 – <i>PACTA SUNT SERVANDA</i>	48
3.1.2 ARTIGO 27 – DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO.....	50
3.1.3 OUTRAS DISPOSIÇÕES	55
3.2 A DIVERGÊNCIA ENTRE A CVDT E A JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE A REVOGABILIDADE OU PERDA DE EFICÁCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS	57
CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	66

INTRODUÇÃO

O trabalho a seguir tem origem nos debates realizados junto ao Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional - *Ius Gentium*, da Universidade Federal de Santa Catarina, tendo como objetivo esclarecer alguns aspectos da relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno brasileiro, baseando-se nas experiências doutrinárias e jurisprudenciais que envolveram o assunto ao longo do século XX e XXI. Diante das fontes do Direito Internacional, o estudo destaca especialmente o papel dos tratados na relação com o Direito Interno e as possibilidades de soluções para os conflitos normativos envolvendo esses e a legislação nacional, anterior e posterior, sobre os mesmos conteúdos.

Inicialmente, analisa-se a contribuição histórica das teorias de incorporação das normas internacionais aos ordenamentos jurídicos internos dos Estados, notadamente, as teorias monista e dualista, que exercem influência na compreensão das eventuais divergências entre os textos legais que possuem origens diversas. Ao tratar da teoria do monista, o estudo tem como base os ensinamentos de Hans Kelsen, disposto majoritariamente em sua obra intitulada *“Princípios do Direito Internacional”*, escrita em 1952, ao final de sua jornada acadêmica. De outro modo, a abordagem sobre a teoria dualista tem como foco as experiências de Heinrich Triepel, particularmente a tese apresentada no artigo *“As relações entre o direito interno e o direito internacional”*, baseado em seu curso ministrado na Academia de Direito Internacional de Haia em 1923.

Em seguida, faz-se um diagnóstico do modelo de incorporação dos tratados internacionais especificamente no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo à discussão os procedimentos adotados pelo Brasil a partir da Constituição Federal de 1988. Diante dos conhecimentos teóricos estudados na primeira parte do capítulo e da situação brasileira apresentada ao final, com base nas concepções dos juristas da atualidade, busca-se determinar qual o modelo adotado pelo país atualmente, compreendendo a dificuldade em enquadrar o sistema do Brasil em um único modelo teórico.

Transcorridas as discussões doutrinárias sobre a relação entre o Direito Interno e o Direito Brasileiro, o trabalho acadêmico busca abordar os entendimentos da jurisprudência sobre o assunto, particularmente do Supremo Tribunal Federal, encarregado pela Constituição para resolver eventuais conflitos dessa matéria. Nesse sentido, faz-se um resgate das decisões emanadas pelo STF antes de 1977, data do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004/SE que alterou a compreensão dos tribunais brasileiros sobre o posicionamento dos tratados dentro da ordem jurídica nacional.

No que se refere ao Recurso Extraordinário 80.004/SE, o estudo tem como objetivo central compreender os votos de cada um dos ministros que expuseram seus entendimentos durante o julgamento, extraindo as suas divergências e contrapondo-as com a interpretação feita pela doutrina, em decorrência do resultado final, cujo entendimento é de que os tratados internacionais estão no mesmo patamar hierárquico das leis federais.

Sobre as particularidades do sistema brasileiro em face das normas que têm sua fonte no Direito Internacional, abordam-se as questões concernentes aos tratados que versam sobre matérias de Direitos Humanos ou Direito Tributário, cujos acordos encontram-se em situações diferentes dos demais. Os pactos sobre Direitos Humanos, a partir da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, passaram a adotar um regime de tramitação especial, que resulta na sua incorporação como equivalentes a uma Emenda Constitucional, enquanto os que abrangem conteúdos de Direito Tributário possuem caráter supralegal, em virtude do disposto no artigo 98 do Código Tributário Nacional.

Em seu último capítulo, são abordados os temas relacionados com a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 e as transformações na comunidade internacional, com ênfase na flexibilização das teorias de incorporação de tratados. Após a contextualização da relação entre os Estados e o Direito Internacional na atualidade, inicia-se uma análise da própria Convenção de Viena, especialmente dos seus artigos 26 e 27, que versam sobre o princípio do *pacta sunt servanda* e da impossibilidade de utilização do Direito Interno para se eximir de responsabilidades internacionais.

Finalmente, o trabalho acadêmico busca fazer a reflexão sobre o entendimento do Supremo Tribunal Federal, e sua compreensão pela doutrina, e os dispositivos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, ratificada e promulgada pelo Brasil no ano de 2009. Diante das transformações que ocorreram na sociedade internacional nas últimas décadas e o papel proeminente que o Brasil ocupa nesse novo contexto, questiona-se a manutenção das diretrizes provenientes do STF no ano de 1977, em seu Recurso Extraordinário 80.004/SE, especialmente quando confrontadas pela Convenção de Viena, cuja ratificação ocorreu sem que fossem opostas reservas aos artigos 26 e 27.

1. AS TEORIAS DE INCORPORAÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS

A discussão sobre as relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno está incluída dentro dos maiores entraves da doutrina internacionalista, tendo sido objeto de estudo específico de grandes autores da área. Nesse aspecto, as diferentes concepções sobre a possibilidade de incorporação de normas internacionais aos ordenamentos jurídicos internos transcendem as matérias discutidas, ao abordar questões como a fonte de validade do Direito Internacional, o papel dos indivíduos e os sujeitos de Direito Internacional, dentre outros temas historicamente polêmicos na seara do Direito Internacional Público.

Nesse capítulo, analisar-se-ão os entendimentos de Hans Kelsen e Heinrich Triepel sobre alguns dos diversos tópicos elencados durante a discussão sobre Direito Internacional e Nacional, especialmente aqueles concernentes às duas principais teorias sobre o assunto: a monista e a dualista. Todavia, mesmo dentro dessas concepções, as possibilidades de temas são inúmeras, motivo pelo qual se dará preferência aos argumentos relacionados com as formas de recepção dos tratados internacionais na ordem jurídica interna.

Os juristas franceses Pierre-Marie Dupuy e Yann Kerbrat conceituam brevemente as duas escolas, atentando-se aos seus principais pontos, iniciando-se pelo dualismo, corrente liderada por Heinrich Triepel e Dionisio Anzilotti.

Existe uma dualidade absoluta entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional. Cada uma constitui um conjunto autônomo e sem ligação possível com o outro. A ordem internacional conecta os Estados entre eles pelos direitos e obrigações recíprocas. Desse modo, cada Estado possui sua própria ordem jurídica onde ele conserva um domínio exclusivo. [...] Ela é característica de uma época marcada pela conclusão histórica, no quadro ocidental e notadamente europeu, do Estado-nação. Ela se adapta à imagem de um direito internacional da coexistência entre iguais soberanias¹.

Em seguida, apresenta o monismo conduzido pelo austríaco Hans Kelsen.

A teoria monista, ao contrário, extingue as fronteiras entre as duas ordens jurídicas e se detém sobre a afirmação de unidade da ordem jurídica internacional e da ordem jurídica interna. [...] Não como sua precedente, a teoria monista (e especialmente o monismo com primazia do direito internacional, a mais lógica e mais coerente, e, portanto, será a analisada mais tarde) não é livre de viés ideológico. Nessa, a

¹ DUPUY, Pierre-Marie; KERBRAT, Yann. *Droit international public*. Paris: Dalloz, 2012, p. 452. Original: Il y a dualité absolue entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international. Chacun constitue un ensemble autonome et sans lien possible avec l'autre. L'ordre international lie les États entre eux par des droits et des obligations réciproques. Par ailleurs, chaque État possède son propre ordre juridique dont il conserve la maîtrise exclusive. [...] Elle est caractéristique d'une époque marquée par l'achèvement historique, dans le cadre occidental et notamment européen, de l'État nation. Elle s'adapte à l'image d'un droit international de la coexistence entre égales souverainetés.

soberania, ao contrário, é percebida como o principal obstáculo para o desenvolvimento do direito internacional e à sua eficácia, indispensável à realização das obrigações que se impõe aos Estados².

Diante das apresentações iniciais das teorias, passa-se a uma análise dos aspectos fundamentais presentes nos textos de Hans Kelsen e Heinrich Triepel.

1.1 A TEORIA MONISTA SOB A PERSPECTIVA DE HANS KELSEN

1.1.1 O CONCEITO

O jurista austríaco concebe a ordem jurídica internacional como integrante de uma chamada ordem jurídica universal, que, por sua vez, englobaria todas as normas jurídicas dos Estados. Nessa perspectiva, o conjunto de normas internacionais seria responsável também por determinar o domínio territorial, pessoal e temporal de validade das ordens jurídicas nacionais, o que tornaria possível a coexistência dos Estados³.

O monismo, para Kelsen, poderia ocorrer em duas hipóteses distintas, tanto com prevalência do Direito Internacional quanto com a primazia do Direito Interno. Não existiria, portanto, a possibilidade de coordenação, ou seja, de existência lado a lado, sem hierarquia dos sistemas, tendo em vista que essa concepção demandaria uma terceira ordem jurídica, que seria a origem de validade para os dois sistemas⁴.

Em relação aos sujeitos e conteúdos das normas internacionais, Kelsen afirma que a diferenciação entre assuntos domésticos e estrangeiros não se sustenta, uma vez que um tema supostamente nacional poderia transcender as fronteiras do Estado caso seja objeto de um acordo internacional, não sendo cabível fundamentar a diferenciação das ordens jurídicas baseada em seus conteúdos. O jurista também aborda um tema ainda polêmico na doutrina e prática internacionalista, ao argumentar que os Estados não seriam os únicos sujeitos de Direito Internacional, uma vez que as condutas destes entes estariam diretamente relacionadas com as condutas dos indivíduos que o integram, não sendo possível excluí-los do processo.

² DUPUY, Pierre-Marie; KERBRAT, Yann, op. cit. loc. cit. Original : La théorie moniste abolit au contraire les frontières entre les deux ordres juridiques et tient dans l'affirmation de l'unité de l'ordre juridique international et de l'ordre interne. Pas plus que la précédente, la théorie moniste (et singulièrement le monisme avec primauté du droit international, le plus logique et le plus cohérent, dont il sera seulement question ci-après) n'est exempte d'*a priori* idéologiques. Ici la souveraineté est au contraire perçue telle l'obstacle principal au développement du droit international et à son efficacité, indispensable à la réalisation des obligations s'imposant aux États.

³ KELSEN, Hans. *Princípios do Direito Internacional*. Ijuí: Editora Unijuí, 2010. p. 493-514.

⁴ Na teoria apresentada por Hans Kelsen, dois conjuntos de normas podem fazer parte de um mesmo sistema porque, um deles, o de ordem inferior, deduz sua validade do outro, de aspecto superior. Outra possibilidade seria a existência de um terceiro conjunto de normas que estivesse acima dos demais, que seria responsável por lhes prover validade, o que permitiria que os primeiros estivessem em uma relação de ordens coordenadas.

Diante da concepção monista, portanto, o Direito Internacional demonstra uma forte ligação com o Direito Nacional, o que permite constatar, na visão de Kelsen, que as duas ordens jurídicas formariam um mesmo sistema jurídico universal⁵.

1.1.2 CONFLITOS ENTRE DIREITO NACIONAL E INTERNACIONAL

De acordo com a teoria monista de Kelsen, o Direito Internacional não deve ser o responsável por solucionar eventuais conflitos entre normas internas e internacionais, sendo esta função do Direito Nacional, especialmente dos textos constitucionais.

No caso de um conflito entre uma norma de Direito Internacional e uma norma mais recente de Direito Nacional, os órgãos do Estado não precisam necessariamente considerar a norma nacional como válida. É bem possível que os tribunais estejam autorizados a se recusar a aplicar tal norma, bem como são, às vezes, competentes para recusar a aplicação de uma norma inconstitucional. E vale o mesmo no caso de um conflito entre uma norma e um tratado subsequente⁶.

Em seguida, Hans Kelsen destaca a possibilidade de um Estado aplicar o Direito Nacional em detrimento do Direito Internacional, caso não exista previsão de forma diversa no seu ordenamento jurídico. Em que pese, na abordagem apresentada, o conflito entre norma de Direito Internacional e norma de Direito Interno ser um embate de norma superior e inferior, com predominância da primeira, o Direito Internacional Público não possui procedimentos adequados para tornar inválida uma lei nacional no plano interno, restando apenas uma possibilidade de sanção internacional ao Estado infrator⁷.

1.1.3 TRANSFORMAÇÃO DE DIREITO INTERNACIONAL EM NACIONAL

No aspecto da necessidade de transformação das normas de Direito Internacional em Direito Nacional, o jurista austríaco defende que essa prática somente deve ser demandada quando estabelecida pelo Direito Nacional.

Conforme referido, o Direito Internacional necessita de transformação em Direito Nacional apenas quando a Constituição do Estado assim o exigir. Deste modo, pode a questão sobre se uma transformação de Direito Internacional em Direito Nacional é necessária ser respondida apenas por meio de uma análise do Direito Nacional Positivo, não pela doutrina da natureza de Direito Internacional ou Nacional, ou de suas relações mútuas⁸.

⁵ KELSEN, Hans, op. cit. loc. cit.

⁶ Ibidem, p. 514-515.

⁷ Ibidem, p. 514-519.

⁸ Ibidem, p. 528-529.

Nesse trecho, Kelsen torna claro que a doutrina monista não está limitada à aplicação direta dos tratados internacionais na ordem jurídica interna, deixando a possibilidade do Estado e do Direito Nacional, caso haja interesse, exigir algum procedimento interno de menor complexidade para dar eficácia à norma convencional no seu ordenamento.

1.1.4 APLICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

Sobre a aplicação do Direito Internacional no Direito Nacional, Hans Kelsen mantém seu posicionamento de que isso depende do Direito Interno e da Constituição do Estado, que pode autorizar a aproveitamento imediato das normas convencionais ou submetê-las ao procedimento de transformação em Direito Nacional.

Se partirmos da ordem jurídica internacional, então as ordens jurídicas nacionais são delegadas – neste sentido, inferiores – pela ordem jurídica internacional, que deve ser considerada superior àquelas, que, em conjunto com ela, formam um sistema jurídico universal. Se partirmos de determinada ordem jurídica nacional, o Direito Internacional deve ser delegado pelo Direito Nacional para poder ser concebido como ordem jurídica válida; o Direito Internacional não é considerado superior ao Direito Nacional, mas parte deste⁹.

Dessa forma, ainda que o jurista austríaco tenha uma tendência em considerar a primazia do Direito Internacional diante do Direito Nacional, sua teoria também admite uma segunda hipótese de incidência, quando a interpretação do sistema deriva do Direito Interno e, por conseguinte, coloca o Direito Internacional como seu dependente. Na visão de Kelsen, em ambos os casos estar-se-ia tratando de uma situação monista.

1.2 A TEORIA DUALISTA SOB A PERSPECTIVA DE HEINRICH TRIEPEL

1.2.1 O CONCEITO

O alemão Heinrich Triepel compreende o Direito Internacional e o Direito Interno como sistemas jurídicos que regem relações diferentes. O Direito Interno teria como objetivo estabelecer normas que relacionem os indivíduos que se encontram no território de um determinado Estado, estando submetidos a sua soberania.

⁹ KELSEN, Hans, op. cit. p. 536-537.

As normas jurídicas estatais são de duas espécies: ou regem as relações recíprocas entre indivíduos (é o que denominamos regulamentação do direito privado), ou então o Estado cria um direito para as relações de seus súditos consigo mesmo (neste caso falamos de direito público)¹⁰.

De outro modo coloca-se o Direito Internacional.

As relações que o direito internacional rege são de outra natureza. É preciso salientar, desde já, que não falamos senão do direito internacional público. Determinar o caráter do direito internacional privado seria tarefa à parte. O direito internacional público regula relações entre Estados, e somente entre Estados perfeitamente iguais¹¹.

Na concepção dualista, o indivíduo não é capaz de possuir direitos e deveres no plano do Direito Internacional Público, no qual se encontra limitado a ser objeto do sistema. Não se difere a teoria quando analisa os demais sujeitos de Direito Interno, que também não possuem espaço no Direito Internacional e não participariam dessa ordem jurídica. Nesse ponto, apesar da firmeza de suas afirmações, Triepel ainda permite certa concessão ao compreender que essa não seria uma situação imutável no tempo.

Talvez a dissolução ameaçadora do Estado moderno coloque grandes grupos econômicos em lugar dos Estados e, produza, por conseguinte, um direito internacional inteiramente novo. Mas, enquanto o esperarmos, manteremos nossa tese: os Estados coordenados são os únicos sujeitos de direito internacional, e isto porque o direito internacional *rege relações diferentes das que são reguladas pelo direito interno*. A oposição entre os sistemas é, ao mesmo tempo, um contraste das *fontes jurídicas*¹².

Para Triepel, enquanto o Direito Nacional tem sua fonte na soberania e vontade de um Estado único, o Direito Internacional tem sua origem na vontade de um conjunto variado de Estados, e, portanto, diferencia-se em seus fundamentos do Direito Nacional.

1.2.2 CONFLITOS ENTRE DIREITO NACIONAL E INTERNACIONAL

De acordo com a doutrina dualista, como as ordens jurídicas Nacionais e Internacional derivam de fontes diferentes, não seria possível estabelecer uma hierarquia superior do Direito Internacional sobre o Direito Interno, uma vez que não existe paridade nos sujeitos objetos das obrigações oriundas dos dois sistemas.

¹⁰ TRIEPEL, Heinrich. *As relações entre o direito interno e o direito internacional* In: BARRETO, Alberto Deodato Maia; CASTRO, Amílcar de; MACHADO, Edgar de Godoi da Mata; FERREIRA, José do Valle. *Revista da Faculdade de Direito*. Belo Horizonte: UFMG, 1966. p. 10-11.

¹¹ Idem.

¹² Ibidem, p. 13-14.

Quanto às relações entre direito internacional e o direito interno, é impossível considerar a fonte do direito internacional como superposta à do direito interno, no sentido e com as consequências que acabamos de mencionar, porque não se pode falar de validade ou invalidade de uma regra jurídica, senão sob a condição de que a fonte superior, que decide da existência, ou inexistência, de uma regra jurídica, esteja em relação imediata com os sujeitos aos quais o autor dessa regra se dirige¹³.

Não existindo a possibilidade de prevalência, em hipótese alguma, das normas de Direito Internacional, os sujeitos de Direito Interno estão obrigados a obedecer aos ditames do Direito Nacional, independentemente de sua contrariedade aos compromissos internacionais do Estado. Desse mesmo modo, os juízes e tribunais devem, sempre, fazer cumprir as normas provenientes do Direito Interno em detrimento dos pactos convencionais.

O dever de obediência dos súditos, perante a lei do Estado, é absoluto, seja qual for a atitude tomada por essa lei, em relação ao direito internacional. A lei interna contrária ao direito internacional obriga os súditos tanto quanto a lei conforme esse direito, pouco importante que se trate de súditos em sentido estrito, isto é, de nacionais, ou de estrangeiros¹⁴.

Entretanto, a teoria dualista caracteriza-se pela influência indireta das normas de origem internacional no Direito Nacional. Heinrich Triepel estabelece algumas divisões no ordenamento jurídico interno, como o *direito interno internacionalmente relevante*, o qual manifesta o exercício de um direito ou cumprimento de obrigação internacional do Estado, e o *direito interno internacionalmente irrelevante*, que não possuiria proximidade com o plano internacional. A categoria *relevante*, por sua vez, seria separada em *direito conforme* ou *direito contrário* ao Direito Internacional, e dentro do primeiro, uma nova repartição entre *direito autorizado*, resultado de uma permissão no âmbito internacional, e *direito ordenado*, cujo objetivo é criar ou conservar um direito no plano interno. Dessa forma, apesar da defesa do exercício da soberania estatal, a teoria dualista de Triepel também reconhece o papel do Direito Internacional na construção do ordenamento jurídico interno.

1.2.3 TRANSFORMAÇÃO DE DIREITO INTERNACIONAL EM NACIONAL

Diante das ponderações anteriores, Triepel argumenta que não seria correto utilizar o termo *assimilar* quando se trata da incorporação de normas internacionais ao ordenamento jurídico interno de um Estado, uma vez que seu conteúdo não seria o mesmo.

¹³ TRIEPEL, Heinrich, op. cit. p. 44.

¹⁴ Idem.

Uma regra de origem internacional pode ser convertida em conteúdo de regra de direito interno. Mas, salvo casos de que teremos de falar, a chamada *apropriação* das disposições de direito internacional público pela legislação do estado não pode ser concebida como simples translação de uma regra de direito internacional para o direito interno. [...] Certamente, a lei interna dependerá, muitas vezes, de uma regra de direito internacional, mas, neste caso, será promulgada uma regra jurídica *cujo conteúdo não é o mesmo*. Não se trata, em semelhante “apropriação”, de recepção, mas de *reprodução* sob forma modificada¹⁵.

Nesse sentido, a formação da norma aplicável ao Direito Interno seria papel do Estado, com base nas orientações do Direito Internacional, sem que esse pudesse, de fato, designar qualquer forma de obrigação aos sujeitos de Direito Nacional.

Nossa tese significa, de resto, que jamais a formação do direito internacional público pode substituir a formação do direito interno; a fonte de direito interno deve agir por si mesma para tornar, de qualquer modo, *seu*, o direito criado pela fonte de direito internacional. Um tratado de direito internacional não é, portanto, em si mesmo, meio de criação do direito interno; jamais. Pode somente constituir uma solicitação para se criar esse direito, mas a formação do direito repousa sempre, no Estado, sobre um ato particular de vontade estatal, distinto de sua participação no desenvolvimento jurídico internacional¹⁶.

Em relação ao procedimento de publicação de tratados internacionais, o jurista alemão afirma que não é o compromisso convencional que se torna válido no âmbito interno, mas justamente a norma estatal que lhe confere publicidade. De acordo com os ensinamentos de Heinrich Triepel, essa é a essência de toda a teoria dualista, que concebe o Estado como único ente capaz de emanar normas válidas para os indivíduos localizados em seu território, mesmo que orientado pelas normas internacionais.

1.2.4 APLICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

Conforme exposto anteriormente, os tribunais e juízes têm a obrigação de cumprir as normas internas, mesmo que em contrariedade aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, uma vez que estes refletem somente uma obrigação no plano internacional, que não deve ser preocupação aos operadores de Direito Interno. Nesse aspecto, Triepel utiliza sua interpretação sobre o caso inglês para explicar o assunto.

Além disso, se o direito internacional não se converte em direito interno, senão por efeito de uma lei, ou de decisões judiciais, é claro que uma contradição entre o

¹⁵ TRIEPEL, Heinrich, op. cit. p. 16-17.

¹⁶ Idem.

direito internacional e o direito interno é, não somente possível, mas frequente. E, então, a regra jurídica que faz prevalecer um sobre o outro não poder ser duvidosa. Juízes e súditos são obrigados a aplicar, e a observar, mesmo o direito inglês contrária ao direito internacional; não é da alçada deles, mas do governo, preocupar-se com as dificuldades internacionais que disso possam resultar¹⁷.

Deste modo, impossível conceber a aplicação, por exemplo, do princípio *lex posterior derogat legi priori* nas relações envolvendo normas de origens distintas.

Deve-se, então, desde logo, afastar toda tentativa de considerar como nula uma lei realmente, ou aparentemente, contrária ao direito internacional; e a máxima – *lex posterior derogat legi priori* – é tão inaplicável ao direito internacional recente, em relação ao direito interno mais antigo, quanto ao direito interno recente, em relação ao direito internacional mais antigo¹⁸.

Em síntese, para a teoria dualista não existe aplicação direta do Direito Internacional na ordem jurídica interna, senão pela presença do seu conteúdo em uma norma de Direito Nacional, emitida pelo Estado e passível de aproveitamento no Direito Interno.

1.2.4 CONCLUSÕES PRELIMINARES

As análises das teorias monista e dualista permitem compreender as duas principais correntes que objetivam explicar o fenômeno e as consequências decorrentes das relações entre Direito Internacional e Direito Interno. Os ensinamentos de Hans Kelsen e Heinrich Triepel apresentam, em muitos dos seus trechos, uma tendência quase extremista em defesa de suas posições, o que se explica de forma natural devido aos embates teóricos que proporcionaram especialmente ao longo do século XX. Todavia, as transformações no Direito Internacional, conforme se demonstrará ao longo deste trabalho acadêmico, proporcionaram aos Estados e à própria sistemática internacional, a incorporação de partes de ambas as concepções, afastando-se, entretanto, da execução pura de uma das teorias. Esse também é o entendimento do jurista italiano Antonio Cassese, que compreendia a doutrina dualista mais próxima da realidade do século IX e início do século XX, enquanto as teses de Kelsen teriam um papel relevante na transformação da visão de Direito Internacional após esse período, constituindo-se como uma crítica para além do seu tempo.

No presente, como nós veremos, a concepção dualista não é mais completamente válida, uma vez que alguns dos postulados da concepção posta por Kelsen estão gradualmente tomando espaço na comunidade internacional. Em resumo, o Direito

¹⁷ TRIEPEL, Heinrich, op. cit. p. 26.

¹⁸ Ibidem, p. 44.

Internacional não mais constitui uma esfera do direito separada e distinta (sujeita a uma ou duas exceções) daquela dos sistemas jurídicos nacionais. Em diversas áreas o direito internacional fez significantes investidas dentro dos sistemas jurídicos nacionais. Ele não mais constitui um sistema diferente dos vários sistemas locais, mas possui um enorme impacto diário e direto neles. Ele condiciona suas vidas em diferentes áreas e mesmo contribui para moldar seus funcionamentos internos. Além disso, várias normas internacionais são endereçadas diretamente aos indivíduos, sem um intermediário do sistema jurídico nacional¹⁹.

Diante desses fatores, importante mencionar a posição de Charles Rousseau, na qual se destaca que a prática positiva não confirma de maneira absoluta nenhuma das duas teorias²⁰. De outra forma, para além das concepções monistas e dualistas, Cassese coloque que no Direito Internacional contemporâneo os Estados possuem duas principais escolhas nesse aspecto: a) adotar uma abordagem *nacionalista* ou *internacionalista*; b) determinar a relação entre o Executivo e o Legislativo na implementação das normas internacionais.

Estados que escolhem a abordagem estatista ou nacionalismo se inclinam (i) para adotar uma incorporação legislativa ad hoc e (ii) para colocar as normas internacionais no mesmo nível da legislação nacional de origem doméstica. Em contraste, Estados que adotam um viés internacional tendem (i) a optar pela incorporação automática (tanto estática quanto ad hoc) de normas internacionais e (ii) a atribuir às normas internacionais um status e nível hierárquico maior do que a legislação nacional²¹.

Tanto Rousseau quanto Cassese destacam as dificuldades na aplicação das concepções de Kelsen e Triepel no cenário do Direito Internacional a partir da metade do Século XX, contudo, o que se extrai dos seus ensinamentos é a permanência do debate sobre as normas internacionais nos ordenamentos jurídicos internos. O jurista francês argumenta em sua obra que a verdadeira divergência reside, atualmente, na defesa monista da ab-rogação automática das normas internas em virtude de normas internacionais, enquanto na teoria dualista admite-se a validade de normas internas internacionalmente irregulares, ainda que com as ressalvas

¹⁹ CASSESE, Antonio. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 217. Original: At present, as well see, the dualistic conception is no longer valid in its entirety, whereas some of the postulates of the conception put forward by Kelsen are gradually taking a foothold in the international community. In short, international law no longer constitutes a sphere of law tightly separate and distinct (subject to one or two exceptions) from that of national legal systems. In many areas international law has made significant inroads into national legal systems, piercing their 'armour'. It no longer constitutes a different legal realm from the various municipal systems, but has a huge daily *direct* impact on these systems. It conditions their life in many areas and even contributes to shaping their internal functioning and operation. In addition, many international rules address themselves directly to individuals, without the intermediary of national legal systems.

²⁰ ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public: Tome 1*. Paris: Sirey, 1970, p. 44-45.

²¹ CASSESE, Antonio, op. cit. p. 223. Original: States choosing a statist or nationalist approach incline (i) to adopt legislative ad hoc incorporation and (ii) to put international rules on the same footing as national legislation of domestic origin. In contrast, States taking an international outlook tend (i) to opt for the automatic incorporation (whether standing or ad hoc) of international rules and (ii) to accord international rules a status and rank higher than that of national legislation.

da responsabilidade internacional do Estado²². Cassese, por outro lado, defende a tese de que a discussão contemporânea não estaria reservada aos aspectos mencionados inicialmente pelos juristas que construíram as duas teorias, motivo pelo qual as mudanças na conjuntura internacional não permitem mais restringir o debate aos termos *dualismo* e *monismo*.

1.3 A PRÁTICA BRASILEIRA

Os tratados internacionais apresentam diversos efeitos para os sujeitos de direito interno dos países envolvidos na negociação, pois alteram a ordem jurídica nacional a partir da sua entrada em vigor. Para que isso ocorra, faz-se necessária a recepção do tratado pelo ordenamento jurídico do Estado parte, sendo esse processo elemento essencial para que a norma internacional adquira vigência dentro do país e conseqüentemente possa ser aplicada pelos juízes e tribunais pátrios.

O Direito Internacional não estabelece um procedimento padrão para a realização da recepção, havendo casos de Estados signatários da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados que não realizam qualquer forma de promulgação dos tratados, entrando estes em vigor sem necessidade de um ato interno. O Brasil, contudo, define critérios mais rígidos para a introdução de uma norma de direito internacional dentro da sua ordem jurídica nacional.

No caso brasileiro, o sistema jurídico aponta a Constituição como responsável por regulamentar a competência a respeito da celebração de tratados internacionais, bem como os responsáveis por permitir a sua admissão ao ordenamento interno. A Constituição Federal de 1988 possui a seguinte redação sobre o assunto:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

[...]

Art. 49. É de competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

O texto constitucional adota um modelo de distribuição de competências²³ relativo à promoção das relações exteriores do país e a internalização dos tratados internacionais. Entretanto, esse modelo não se apresenta de modo paritário, sendo o Poder Executivo o principal encarregado por realizar essas ações, enquanto o Poder Legislativo exerce uma

²² ROUSSEAU, Charles, op. cit. p. 48.

²³ GODINHO, Thiago José Zanini. *Elementos de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 45.

função apenas fiscalizadora dos atos realizados pelo primeiro, tendo pouca influencia no conteúdo dos acordos. Ao Congresso Nacional é permitido rejeitar o texto do tratado, em todo ou em parte, e sugerir alterações, porém estas últimas não possuem um caráter obrigacional, podendo o Poder Executivo acatá-las apenas se considerar conveniente²⁴. Outra forma utilizada por este último para evitar os conflitos com o Legislativo são os acordos executivos²⁵, entretanto estes e as demais formas não tradicionais de compromissos externos não serão objeto de estudo deste trabalho, que visa somente à análise dos tratados clássicos.

Dessa forma, o Poder Executivo é responsável pelas fases de negociação dos pactos internacionais e eventual assinatura dos tratados. Encerrados os trâmites iniciais, realizados no plano das discussões entre os Estados, cabe ao Chefe do Poder Executivo decidir pelo seu prosseguimento ou arquivamento. Optando pelo primeiro, o Presidente da República, sem prazo definido, poderá encaminhar uma mensagem presidencial ao Congresso Nacional, juntamente com o inteiro teor do compromisso submetido à apreciação e as exposições de motivos elaboradas pelo Ministério das Relações Exteriores, cujo objetivo deve ser apresentar as razões que levaram à assinatura do tratado e sua necessidade de ratificação²⁶.

O processo legislativo no Congresso Nacional consiste no exame da matéria pelas suas duas casas, iniciando na Câmara dos Deputados e, caso aprovada, seguindo para o Senado Federal. Em consonância com o Regimento Interno da Câmara, a primeira etapa consiste no encaminhamento do processo à Comissão de Relações Exteriores, que elaborará um parecer e um projeto de Decreto Legislativo. Esse documento, por sua vez, deverá ser aprovado previamente pela Comissão de Constituição e Justiça, antes de ser submetido ao plenário. Transcorrida a votação na Câmara de forma positiva, o processo será despachado à Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, órgão do Senado competente para analisar o projeto. Quando finalizados os trabalhos na respectiva Comissão, a matéria será examinada pelo plenário, que poderá aprovar definitivamente o texto do projeto de Decreto Legislativo²⁷.

O Decreto Legislativo, promulgado pelo Presidente do Congresso Nacional, somente autoriza o Governo a ratificar o tratado internacional, não tendo relação com a entrada em vigor do compromisso convencional perante o Estado brasileiro. Em relação à vigência, eficácia e recepção dos pactos internacionais, existem três etapas fundamentais posteriores à sua aceitação no âmbito interno: aceite definitivo e depósito; promulgação; e publicação.

²⁴ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 64-69.

²⁵ Os acordos executivos não precisam da aprovação do Congresso Nacional, são normalmente de estilo mais simples, fazem referência a tratados vigentes ou a atos da diplomacia ordinária, sendo considerados válidos diante do sistema jurídico brasileiro. Cf. REZEK, José Francisco, op. cit., p. 60-64.

²⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito dos Tratados*. São Paulo: RT, 2011, p. 355-388.

²⁷ Idem.

Os Estados possuem diversos meios de obrigar-se por um tratado, conforme estabelecido pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados em seu art. 11²⁸. Nesse aspecto, importante fazer a diferença entre os tratados bilaterais e multilaterais.

A entrada em vigor dos *atos bilaterais* pode dar-se tanto pela *troca de informações* quanto pela *troca de cartas de ratificação*. Quando a entrada em vigor é feita pela primeira modalidade (troca de informações), pode-se passar, de imediato, nota à Embaixada da outra parte acreditada junto ao Governo brasileiro. Não existindo em território nacional Embaixada da outra parte, a nota é passada pela Embaixada do Brasil acreditada junto à outra parte. Em último caso, a notificação é passada pela Missão brasileira junto à ONU à Missão da outra parte contratante. Caso a entrada em vigor se dê por *troca de instrumentos de ratificação*, aguarda-se a conclusão dos trâmites internos de aprovação por ambas as partes, para somente então realizar-se a cerimônia da troca dos respectivos instrumentos²⁹.

No caso dos pactos multilaterais, necessária é sua a ratificação, que ocorre por meio do depósito dos instrumentos de ratificação do Estado brasileiro junto ao Governo ou organismo internacional responsável pelas funções de depositário.

Em suma, não é propriamente a ratificação que dá efeito ao tratado, mas sim a *troca* (tratados bilaterais) ou o *depósito* (tratados multilaterais) da carta ou dos instrumentos de ratificação no lugar (v.g., o Estado) indicado pelo próprio tratado ou no organismo internacional respectivo. Às vezes, o depósito sequer é suficiente, quando o tratado prevê um certo número de depósitos (ou até mesmo o depósito de todas as partes) para entrar em vigor na órbita internacional³⁰.

Diante desses esclarecimentos, conclui-se que a obrigação do Estado passa a existir a partir do momento em que, no plano internacional, demonstra o seu consentimento público em assumir aqueles compromissos³¹, excetuando-se as características específicas mencionadas pelo jurista Valério Mazzuoli. Entretanto, os argumentos levantados não são suficientes para determinar o momento em que a norma internacional é verdadeiramente incorporada, ou recepcionada, à ordem jurídica brasileira, sendo necessária a análise dos atos praticados posteriormente à troca ou depósito, de modo a melhor elucidar esse aspecto.

O Presidente da República, após o processo de ratificação, tradicionalmente expede um decreto de execução no Diário Oficial da União, no qual consta o texto integral do tratado. De acordo com o professor João Grandino Rodas, a promulgação pelo Executivo determina a

²⁸ CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS, 1969. Art. 11 O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordado.

²⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, op. cit. p. 373.

³⁰ Ibidem, p. 374.

³¹ O artigo 24 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados ao abordar a entrada em vigor dos tratados internacionais determina como regra geral que “um tratado entra em vigor na forma e na data previstas no tratado ou acordadas pelos Estados negociadores”.

fase de integração da norma internacional ao ordenamento jurídico interno, concedendo-lhe valor imperativo e executório³². Todavia, essa não é posição unânime na doutrina brasileira, pois Mazzuoli, em virtude da inexistência histórica de previsão constitucional que determine a promulgação, defende a teoria de que o tratado possui vigência no âmbito interno desde o ato que o obrigou no plano internacional.

O Direito Internacional só necessita ser *transformado* em Direito interno quando o texto constitucional do país assim estabelece. Se a Constituição silencia a respeito, os tribunais nacionais estão aptos a aplicar, imediatamente, os tratados celebrados, se eles forem autoaplicáveis, a partir da ratificação³³.

Muito embora exista discordância na doutrina, a prática brasileira, especialmente o Poder Judiciário, tem adotado a orientação de exigir ao menos a promulgação executiva dos tratados para lhes conceder vigência no ordenamento jurídico pátrio. Além disso, Mirtô Fraga salienta que o tratado somente será eficaz a partir do momento da publicação em veículo oficial do ato que o promulgou, quando se dá conhecimento à população em geral da existência do pacto³⁴. O jurista francês Charles Rousseau faz uma tentativa de esclarecer a situação ao afirmar que os tratados “são *obrigatórios* em virtude da ratificação, *executáveis* em virtude da promulgação e *aplicáveis* em decorrência da publicação³⁵”.

Desde que em vigor no plano internacional, os tratados ratificados pelo Estado, promulgados e publicados, passam a integrar o arcabouço normativo interno e, conseqüentemente, a produzir *efeitos* na ordem doméstica. Tais instrumentos, uma vez insertos no Direito brasileiro, passam a obedecer, com pouquíssima variação, às mesmas regras sobre vigência e eficácia aplicáveis às demais leis do País³⁶.

Certamente existem correntes, mais favoráveis ao Direito Internacional, que defendem a entrada em vigor dos tratados e sua eficácia a partir da ratificação, assim como aqueles que advogam em favor da teoria de que apenas a promulgação seria necessária para a produção de efeitos na ordem jurídica nacional. Entretanto, a posição adotada na prática brasileira permanece a da obrigatoriedade da conclusão da publicação do ato promulgatório para que o compromisso internacional seja integralmente incluído no ordenamento interno³⁷.

Diante do cenário brasileiro, resiste uma incerteza sobre uma preponderância da teoria monista ou dualista no seu sistema de incorporação de tratados internacionais. Em verdade, o

³² MAZZUOLI, Valério de Oliveira, op. cit. p. 377.

³³ Ibidem, p. 378.

³⁴ Ibidem, p. 383.

³⁵ ROUSSEAU, Charles apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira, op. cit. p. 385.

³⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, op. cit. p. 386.

³⁷ Ibidem, p. 375-386.

Brasil possui características presentes nas duas doutrinas, sendo mais fidedigno atribuir uma posição moderada, que combine propriedades de ambas. O ministro Celso de Mello, por exemplo, defende a existência de um dualismo moderado, durante o seu voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.480, no ano de 1997.

O sistema constitucional brasileiro - que não exige a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (visão dualista extremada) - satisfaz-se, para efeito de exequibilidade doméstica dos tratados internacionais, com a adoção de iter procedimental que compreende a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (visão dualista moderada)³⁸.

Não foi esse o entendimento, contudo, do ministro Rodrigues Alckmin em sua análise proferida junto ao Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 80.004, julgado em 1977, mas cujas disposições constitucionais mencionadas sobre o tema pouco divergem daquelas abordadas pelo ministro Celso de Mello em 1997.

No direito constitucional brasileiro, ao que afirmou este Supremo Tribunal Federal mais recentemente ao julgar o RE 71.154, em magnífica decisão do eminente Ministro Oswaldo Trigueiro (RT 58/70), os tratados aprovados e promulgados passam a fazer parte da legislação interna. Revogam as leis internas contrárias, equiparados às leis federais. Não há reclamar, para tal fim, novo diploma legislativo interno. É a orientação monista³⁹.

Nesse ponto, importante retornar aos métodos tradicionais e pressupostos básicos de incorporação de normas internacionais de acordo com as teorias monista e dualista, de modo a verificar a existência de preponderância de uma das correntes no caso brasileiro.

No caso da teoria monista, pode ser suficiente que o tratado, concluído na ordem internacional por um Estado de modo coerente, obedeça aos procedimentos de ratificação ou adesão estabelecidos na sua ordem interna, assim como às medidas de publicidade do ato também se encontrem satisfeitas, para que as normas nele contidas sejam integradas à legalidade interna.

[...]

No caso do dualismo, ao contrário, a penetração da norma internacional na ordem jurídica interna obedece a um procedimento mais complexo, conhecido normalmente como “recepção”. Com base nele, e para permanecer no caso das normas convencionais, essas últimas não podem penetrar a ordem interna sem mudar a sua substância, de certa forma, transformada em direito interno por uma lei nacional que compreende o seu conteúdo. Essa lei não se prestará a autorizar a ratificação, como nos casos mais comuns de intervenção do poder legislativo nas constituições monistas. Ela recepcionará a norma convencional na esfera do direito interno, como uma naturalização. Mas ela possuirá uma natureza diferente e uma

³⁸ CELSO DE MELLO, José in: *STF. ADI 1.480*. Julgado em 04/09/1997.

³⁹ RODRIGUES ALCKMIN, José Geraldo in: *STF. RE 80.004*. Julgado em 31/05/1977.

autonomia normativa total entre, de um lado, o tratado, e do outro, a lei interna que contém o seu conteúdo⁴⁰.

Sob a perspectiva do direito brasileiro, se observa que o procedimento adotado, com a necessidade de promulgação e publicidade posteriormente à ratificação, possui correlações com as duas correntes. Todavia, não se encaixa plenamente na concepção dualista, pois o decreto de execução promulgado pelo Presidente da República não enseja um procedimento legislativo além daquele já realizado para a ratificação, assim como não permite ao Congresso Nacional autonomia para alterar o conteúdo do tratado. De outro modo, o Brasil não aceita a prevalência do Direito Internacional pelos seus tribunais, contrariando a posição majoritária dos defensores da doutrina monista.

Dessa forma, parece mais prudente entender que na prática brasileira não existe a execução plena de nenhuma das duas concepções. Nesse sentido, o debate entre monismo e dualismo na discussão da prevalência de normas internacionais ou internas no Brasil tratar-se-ia mais de uma discussão de campo teórico, uma vez que os procedimentos nacionais não se adequam a nenhuma das teorias, comprovando a presunção de Charles Rousseau. Sob este aspecto, o professor Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo afirma que essa também não havia sido a intenção de Kelsen ou Triepel quando elaboraram suas proposições.

Os dois construíram teorias divergentes de interpretação de uma mesma realidade. Não buscaram prescrever qual o modo mais adequado com que um Estado deveria se comportar em face do direito internacional, mas descreveram, consoante seus aportes teóricos, teses diferentes para explicar o fenômeno das relações entre o direito interno e o direito internacional. Nunca conceberam o monismo ou o dualismo para ser uma espécie de “opção legislativa” que uma determinada nação pudesse assumir frente ao direito internacional⁴¹.

Sendo assim, apesar de serem fundamentais para o entendimento das relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno, bem como para a construção dos diversos sistemas

⁴⁰ DUPUY, Pierre-Marie; KERBRAT, Yann, op. cit. p. 454. Original : Dans le cas du monisme, il pourra suffire que le traité, conclu dans l'ordre international par un État concerné, obéisse aux procédures de ratification ou d'adoption établies dans l'ordre interne pour que, les museres de publicité de l'acte étant par ailleurs satisfaites, les normes qu'il comporte soient intégrées à la légalité interne. [...] Dans le cas du dualisme au contraire, la pénétrations de la norme international dans l'ordre juridique interne obéit à une procédure plus lourde, dite généralement de « réception ». D'après celle-ci, et pour en rester au cas des normes conventionnelles, ces dernières ne pourront pénétrer dans l'ordre interne que si leur substance se trouve, en quelque sorte, transmutée en droit interne par une loi nationale que en reprend le contenu. Cette loi ne se bornera pas à autoriser la ratification, comme c'est le plus souvent le cas de l'intervention du pouvoir législatif dans les constitutions monistes. Elle réceptionnera la norme conventionnelle dans la sphere du droit interne, comme pour l'y naturaliser. Mais il demeurera une différence de nature et une autonomie normative total entre, d'un côté, le traité, et, de l'autre, la loi interne qui en traduit le contenu.

⁴¹ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. *Comentários ao Artigo 27* in: SALIBA, Aziz Tuffi (Org.). *Direito dos Tratados: Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados* (1969), p. 195.

de incorporação de tratados existentes no cenário contemporâneo, o estudo das teorias monista e dualista não é suficiente para a compreensão da dinâmica envolvendo os conflitos de normas na atualidade. Para uma análise do caso brasileiro, se faz necessário o exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, dos conceitos presentes na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, ratificada pelo Brasil em 2009, e na doutrina especializada, tanto nacional quanto estrangeira.

2. O SISTEMA BRASILEIRO E AS NORMAS INTERNACIONAIS

As controvérsias envolvendo as teorias monistas, lideradas por Hans Kelsen, e dualistas, majoritariamente conduzidas por Heinrich Triepel e Dionísio Anzilotti, permitiram intensos debates na doutrina internacional e nacional. Entretanto, as divergências conceituais e a dificuldade em precisar o sistema brasileiro em uma das correntes, não impediram que os tribunais pátrios enfrentassem as discussões sobre a hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento jurídico, especialmente ao longo do século XX.

A Constituição Federal de 1998, bem como suas predecessoras, não determina o papel dos tratados internacionais dentro da ordem jurídica brasileira, como ocorre no caso, por exemplo, da Constituição Francesa de 1958, que em seu art. 55 estabelece que “Os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, a partir da sua publicação, autoridade superior à das leis, sujeito, para cada acordo ou tratado, à sua aplicação pela outra parte⁴²”. De outro modo, o texto constitucional brasileiro se restringiu a delimitar as competências para o Estado assumir compromissos internacionais, conforme se observa dos correntes arts. 49⁴³ e 84⁴⁴, distribuindo-as entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, sem mencionar eventuais conflitos entre Direito Internacional e Direito Interno.

Desta forma, restou ao Supremo Tribunal Federal, ao longo das décadas, resolver as demandas versando sobre a hierarquia das normas provenientes de tratados internacionais dentro do sistema jurídico brasileiro.

2.1 A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO ANTES DE 1977

O Brasil adotou durante muito tempo o entendimento de prevalência das normas de Direito Internacional sobre as de Direito Interno, conforme se verifica das decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal nas primeiras décadas do século XX. Nesse sentido, confirmavam essa compreensão em suas obras o jurista Haroldo Valladão e os ministros Philadelpho e Azevedo e Orozimbo Nonato⁴⁵, empregando que não deveria ocorrer revogação

⁴² FRANÇA. Constituição, 1958. Original : Art. 55. Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.

⁴³ BRASIL. Constituição, 1988. Art. 49. É de competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

⁴⁴ Ibidem. Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

⁴⁵ XAVIER DE ALBUQUERQUE, Francisco Manoel in: *STF. RE 80.004*. Julgado em 31/05/1977.

comum dos tratados internacionais em virtude de normas internas, tendo os compromissos internacionais, essencialmente, o instrumento da denúncia como modo de cessar a obrigação assumida pelo Estado.

O ministro Xavier de Albuquerque, em sua primeira manifestação no julgamento do Recurso Extraordinário 80.004/SE, fazendo menção aos ensinamentos de Haroldo Valladão, expressa a relação entre a doutrina da época e o modo como a Suprema Corte brasileira operava diante da possibilidade de controvérsias envolvendo obrigações oriundas de tratados internacionais:

A referência que faz à jurisprudência do Supremo Tribunal, usa-a o mestre já citado para apoiar a assertiva de que “a norma internacional tem sua própria forma de revogação, a denúncia, só pode ser alterada por outra norma de categoria igual ou superior, internacional ou supranacional, e jamais pela inferior, interna ou nacional”⁴⁶.

Décadas depois, o ministro Gilmar Mendes, proferindo seu voto no Recurso Extraordinário 466.343-1/SP, cujo julgamento ocorreu em 2008, faz um resgate histórico, assim como fizera o ministro Xavier de Albuquerque em 1977. Desse modo, salienta o entendimento passado dos tribunais sobre o assunto, anteriores à decisão do RE 80.004/SE, ao afirmar que “o Supremo Tribunal Federal, por longo tempo, adotou a tese do primado do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional”⁴⁷, mencionando os julgamentos das Apelações Cíveis nº 9.587, de 1951, de relatoria do ministro Orosimbo Nonato, e 7.872, de 1943, cujo relator foi o ministro Philadelpho e Azevedo.

Sob esta perspectiva hermenêutica, importante retornar às décadas de 40 e 50, das quais se extrai o voto do relator na AC nº 7.872, o qual coloca o seguinte questionamento, que posteriormente fundamenta sua decisão:

O tratado é revogado por lei ordinárias posteriores, ao menos nas hipóteses em que o seria uma outra lei? A equiparação absoluta entre a lei e o tratado conduziria à resposta afirmativa, mas evidente o desacerto de solução tão simplista, ante o caráter convencional do tratado, qualquer que seja a categoria atribuída às regras de direito internacional⁴⁸.

Deste modo, Philadelpho e Azevedo esclarece que independentemente da teoria escolhida para avaliar as relações entre Direito Internacional e Direito Interno, a controvérsia não deve ser resolvida de maneira simplista. Em seguida, o ministro relembra a decisão

⁴⁶ XAVIER DE ALBUQUERQUE, Francisco Manoel, op. cit. loc. cit.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira in: *STF. RE 466.343-1*. Julgado em 03/12/2008.

⁴⁸ PHILADELPHO E AZEVEDO, José in: *STF. AC 7.872*. Julgado em 11/10/1943.

unânime do Supremo Tribunal Federal em 1914, que determinava a subsistência de um tratado de extradição até sua denúncia, não podendo prevalecer sobre ele quaisquer normas de direito interno, salvo as disposições constitucionais. Nesse sentido, completa:

Por isso a técnica exata e sincera foi a que adotou a lei de extradição de 1.911, mandando no art. 12 que fossem denunciados todos os tratados vigentes para que ela pudesse vigorar genérica e irrestritamente, mas antes dessa denúncia, os Tratados não seriam alcançados pela lei, como reconheceu, acabamos de ver, o Supremo Tribunal em 1.914⁴⁹.

Posicionamento semelhante encontra-se no voto de Orosimbo Nonato, relator da AC 9.587, julgada em 1951, reafirmando o entendimento do STF na matéria:

Sem dúvida que o tratado revoga as leis que lhe são anteriores, mas não pode ser revogado pelas leis posteriores, se estas não se referirem expressamente a essa revogação ou se não denunciarem o tratado. A meu ver, por isso, uma simples lei que dispõe sobre imposto de consumo não tem força para alterar os termos de um tratado internacional⁵⁰.

Desta análise, compreende-se que embora os fundamentos sejam parcialmente diversos, ambos os ministros do Supremo Tribunal Federal apresentam uma preponderância do Direito Internacional sobre o Direito Interno, assim como relatam outras ocasiões em que a Suprema Corte adotou os mesmo procedimentos.

De um lado, Philadelpho e Azevedo, posteriormente juiz da Corte Internacional de Justiça, posiciona-se de modo extremamente favorável à primazia do Direito Internacional, destacando principalmente o instrumento da renúncia. De outro, Orosimbo Nonato opta pela tese que considera os tratados internacionais normas específicas, em prevalência das leis nacionais, que, para efeitos dessa antinomia normativa, teriam caráter geral, resolvendo-se o conflito pelo princípio da especialidade, *lex specialis derogat generali*.

Desta maneira, ainda que houvesse fundamentações distintas, as decisões do Supremo Tribunal Federal durante grande parte do século XX mantiveram um entendimento favorável ao respeito dos pactos promovidos no âmbito do Direito Internacional.

⁴⁹ PHILADELPHO E AZEVEDO, José, op. cit., loc. cit.

⁵⁰ OROZIMBO NONATO da Silva in: *STF AC 9.587*. Julgada em 21/08/1951.

2.2 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 80.004/SE E OS TRATADOS INTERNACIONAIS COMO LEIS ORDINÁRIAS

O Recurso Extraordinário 80.004/SE, julgado pelo Supremo Tribunal Federal durante o ano de 1977, teve como objeto o confronto normativo originário de divergências entre o Decreto-Lei n° 427, de 1969, e a Convenção de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias de 1930, ratificada pelo Brasil em 1942 e promulgada em 1966. Esse julgamento alterou o posicionamento mencionado anteriormente que indicava uma análise diferenciada das normas internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

A jurisprudência brasileira, durante algumas décadas, mostrou-se firme na consagração da primazia do Direito Internacional sobre o Direito interno, posicionamento que somente veio a ser modificado a partir de 1977, no julgamento do Recurso Extraordinário n° 80.004/SE, quando se assentou que ante o conflito entre o tratado e a lei interna deveria prevalecer a *mais recente* das normas, aplicando-se a máxima *lex posterior derogat priori*⁵¹.

Muito embora a maioria dos ministros tenha decidido pela alteração no entendimento do STF sobre o papel dos tratados internacionais na ordem jurídica brasileira, houve fundamentações diferentes para o mesmo resultado, sendo necessárias as suas análises para compreensão teórica da decisão. O ministro relator, Xavier de Albuquerque, apresentou posição divergente da maioria, ressaltando a compreensão histórica da Suprema Corte, tendo o seu posicionamento já sido exposto no tópico anterior.

2.2.1 VOTO DO MINISTRO CUNHA PEIXOTO

Inicialmente, o ministro Cunha Peixoto apresenta em seu voto as principais teorias que permeiam as relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno, como analisado no primeiro capítulo deste trabalho.

Duas são as correntes que situam os Tratados Internacionais em face do direito positivo dos países que o firmaram. A monista, cujo precursor é Kelsen, que entende produzir a ratificação dos tratados efeitos concomitantes no direito internacional e interno, e a dualista, sustentada, principalmente, por Triepel, que proclama ser necessária a tramitação do projeto de lei especial, moldado nos termos da convenção internacional⁵².

⁵¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, op. cit. p. 390.

⁵² CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio in: *STF. RE 80.004*. Julgado em 31/05/1977.

Em seguida, utiliza-se dos ensinamentos do internacionalista Amilcar de Castro para subsidiar sua preferência pela corrente dualista, ao reafirmar que “tratado não é lei; é ato internacional, que obriga o povo em bloco; que obriga o governo na ordem externa, e não o povo na ordem interna⁵³”. Nesse sentido, o ministro ressalta que outros países que ratificaram ou aderiram à Convenção de Genebra promulgaram leis internas sobre a matéria, como os casos de Alemanha, França e Itália, expostos e explicados pelos seus próprios juristas no decorrer do voto. Deste modo, o ministro afirma que os questionamentos não devem estar voltados para as teorias características do Direito Internacional, mas para as especificidades do Direito Constitucional brasileiro.

De acordo com o entendimento exposto no voto vista, Cunha Peixoto defende que as leis devem ser entendidas como as normas construídas por meio do processo legislativo, respeitado o rol presente na Constituição Federal, atualmente em seu art. 59⁵⁴, não estando os tratados internacionais incluídos nesse conjunto. O ministro ressalta que não deve ser possível transformar o Direito Internacional em Direito Interno, considerando suas origens e formas de incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, adotando em parte a teoria de Triepel.

A lei estatal é onipotente, mas como o direito internacional rege relações entre Estados, enquanto o direito interno relações diversas, não pode, ser transformação, mudar o direito internacional em direito interno⁵⁵.

Entretanto, apesar de discordar da vigência da Convenção de Genebra no Brasil, por se tratar de norma internacional e, portanto, inaplicável ao direito interno, o ministro Cunha Peixoto ainda argumenta a possibilidade de o legislador brasileiro promover mudanças legislativas nos campos consignados nos tratados internacionais.

Com efeito, se a Lei Uniforme⁵⁶ transformou-se em direito positivo brasileiro, evidente que pode ser modificada ou revogada, como qualquer outro diploma legal.

⁵³ CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio, op. cit. loc. cit.

⁵⁴ BRASIL, Constituição, 1988. Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

VII - resoluções.

⁵⁵ CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio, op. cit. loc. cit.

⁵⁶ A Convenção de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Provisórias, em verdade, consiste no conjunto de três diferentes convenções assinadas em Genebra no dia 7 de junho de 1930, sendo uma delas tradicionalmente referida como Lei Uniforme.

Do contrário, transformar-se-ia qualquer lei que procedesse de algum tratado em super lei, em situação superior à própria Constituição Brasileira⁵⁷.

Nesse sentido, o ministro analisa o processo de modificação e revogação sob a perspectiva do plano interno, argumentando que a Constituição Federal atribuiu ao Congresso Nacional competência para promover alterações e modificações legislativas, inclusive na própria Constituição, não sendo cabível que um tratado internacional possa limitá-la. Além disso, menciona não haver na Constituição brasileira um dispositivo que impeça a existência de lei que modifique ou revogue uma lei proveniente de tratado, como ocorre, por exemplo, na Constituição Francesa de 1958, mencionada anteriormente. Diante da ausência de norma específica regulamentando a irrevogabilidade de tratados internacionais, dever-se-ia aplicar os princípios comuns ao direito interno, especialmente o de que a lei oriunda do Congresso somente deve ter sua vigência interrompida se ferir dispositivo da Constituição, “do contrário, teríamos, então – e isto sim, seria inconstitucional – uma lei que só poderia ser revogada pelo Chefe do Poder Executivo, através da denúncia do Tratado⁵⁸”.

Na visão de Cunha Peixoto, o tratado internacional não se transforma em norma aplicável ao direito interno brasileiro a partir da ratificação, sendo necessário um mecanismo de incorporação específico, e mesmo que o faça, poderá ser modificado ou revogado pelo Congresso Nacional. Tendo como base os entendimentos do jurista italiano Tullio Ascarelli, aceita a possibilidade de uma lei ser internacionalmente ilícita, mas constitucionalmente possível e, conseqüentemente, produzir efeitos perante a ordem jurídica nacional.

2.2.2 VOTO DO MINISTRO CORDEIRO GUERRA

O voto do ministro Cordeiro Guerra, por sua vez, ressalta o entendimento de que a vigência da Convenção de Genebra está consolidada pelos precedentes do Supremo Tribunal Federal, lembrando a decisão no Recurso Extraordinário 71.154/PR, cuja ementa esclarece que tendo sido aprovada pelo Congresso Nacional e regularmente promulgada, as normas da Convenção teriam aplicabilidade imediata⁵⁹. Entretanto, apesar de discordar do ministro Cunha Peixoto no que tange à vigência do tratado internacional, acompanha-o no sentido de resguardar a competência do Poder Legislativo para modificar a legislação sobre as matérias abrangidas pela Convenção de Genebra.

⁵⁷ CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio, op. cit. loc. cit.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 71.154/PR. Julgado em 04/08/1971.

Não lhe dou o efeito de impedir o livre exercício da soberania nacional, isto é, de obstar a elaboração legislativa interna, ainda que modificando ou alterando o texto da Convenção vigente entre nós⁶⁰.

Em seguida, o ministro ratifica os entendimentos do jurista Francisco Campos sobre a obrigatoriedade de cumprimento da lei editada pelo Estado, ainda que em contradição com dispositivos presentes em tratados internacionais que este mesmo Estado se obrigou.

Mesmo no caso em que a Constituição manda incorporar ao direito interno as normas de direito internacional ou as disposições dos tratados, a recepção do direito internacional no quadro do direito interno não significa que o Corpo Legislativo fique impedido de editar novas leis contrárias ao disposto nos tratados. O único efeito de recepção do direito internacional no quadro do direito interno é de dar força de lei às normas jurídicas assim incorporadas à legislação⁶¹.

De acordo com essa compreensão, os tratados devem ser aplicados pelos tribunais da mesma forma que as leis federais, sem atingir um patamar constitucional ou que enseje uma forma diferente de revogação ou modificação. Não obstante, eventual desrespeito às normas provenientes de tratados internacionais consiste em violação do Direito Internacional e não de Direito Interno, o qual deve aplicar as normas mais recentes, independente de sua origem.

Nesse sentido, Cordeiro Guerra faz referência aos casos norte-americano e inglês, que igualmente consideram a paridade das normas internacionais e nacionais. Em seguida, citando o jurista gaúcho Lélcio Candiota de Campos, afirma que, não existindo previsão expressa na Constituição Federal que regulamente a superioridade dos tratados, impedir sua modificação ou revogação consistiria em restrição constitucional ao Poder Legislativo.

Finalmente, o ministro aborda as questões referentes ao instituto da denúncia, argumentando que esse instrumento seria o meio próprio para revogar o tratado no âmbito do Direito Internacional, não sendo vinculante no Direito Interno. Em seu entendimento, a derrogação das normas internacionais em face de lei federal posterior ensejaria, no máximo, a reclamação de outros Estados participantes do tratado, sem influenciar o Direito Interno. No mais, a Constituição Federal prevê a possibilidade de o Supremo Tribunal negar validade ao tratado em função de vício constitucional, corroborando com a ideia de que a denúncia não seria o único modo de revogar uma norma internacional no plano interno.

⁶⁰ CORDEIRO GUERRA, João Baptista in: *STF. RE 80.004*. Julgado em 31/05/1977.

⁶¹ *Idem*.

2.2.3 VOTO DO MINISTRO LEITÃO DE ABREU

O ministro Leitão de Abreu inicia seu voto com a análise sobre a necessidade de dupla manifestação do Congresso Nacional para entrada em vigência dos tratados internacionais, afastando-a em virtude do trâmite já exigido pela Constituição Federal para a sua ratificação, que enseja a participação do Poder Legislativo no seu processo. Nesse sentido, o ministro retoma os debates sobre as teorias monista e dualista, abordadas no primeiro capítulo deste trabalho, principalmente sob a compreensão de Kelsen.

O direito internacional – sublinha – requer a sua transformação em direito nacional somente quando a necessidade disso é estabelecida pela Constituição do Estado. Se a constituição silencia sobre esse ponto – como às vezes acontece – os tribunais do Estado possuem competência para aplicar diretamente direito internacional, especialmente tratados concluídos de acordo com a constituição pelo seu próprio governo com os governos de outros Estados⁶².

Leitão de Abreu prossegue, ao afirmar que no direito brasileiro os tribunais devem assumir como obrigatórios os conteúdos das normas oriundas de tratados internacionais, sem a necessidade de uma lei que os reproduza. Ato contínuo ressalta, ainda, que não existe previsão constitucional exigindo a dupla manifestação do Congresso, nem menção nos pactos firmados pelo Brasil que indiquem essa necessidade, não sendo, portanto, exigível para aplicação dos tratados internacionais um ato legislativo posterior à ratificação.

Em um segundo momento, o ministro passa a expor o seu entendimento sobre a hierarquia dos tratados internacionais na ordem jurídica interna. Sua análise aponta um novo olhar sob a situação norte-americana, mencionada pelo ministro Cordeiro Guerra, indicando que a menção de leis federais e tratados naquela Constituição coloca-os em patamar semelhante somente em relação às normas jurídicas estaduais.

Não significava essa superioridade hierárquica em relação ao direito dos Estados, direito local, que Constituição, leis e tratados, a que se refere, na primeira parte, o artigo VI, 2, se achavam todos, entre si, em pé de igualdade. Encarregou-se, em breve, a Suprema Corte de estabelecer, mediante construção jurisprudencial, que a Constituição não se colocava no mesmo nível hierárquico das demais fontes, pois a isso monta a competência, em que se reputou investida, de declarar a inconstitucionalidade e, pois, a invalidade, das leis que colidissem com a Carta Política da União⁶³.

No que se refere exclusivamente às leis e aos tratados internacionais, Leitão de Abreu defende a tese de que não existe jurisprudência pacificada sobre o assunto nos Estados Unidos

⁶² LEITÃO DE ABREU, João in: *STF. RE 80.004*. Julgado em 31/05/1977.

⁶³ *Idem*.

e ainda permanece certa dificuldade em determinar a possibilidade de anulação da obrigação internacional diante de ato legislativo interno. Desta forma, em virtude das controvérsias sobre o desenrolar da discussão no âmbito norte-americano, não se efetiva a utilização dos seus fundamentos para aplicação da equiparação hierárquica no Brasil.

Retomando os ensinamentos de Kelsen, o ministro expõe que não existe texto positivo no ordenamento brasileiro que determine, ou indique, a hierarquia entre os tratados e as leis, descartando o artigo constitucional que menciona a autoridade do Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade de ambos os textos legais, por se tratar tão somente de norma de competência. Ademais, não havendo determinação constitucional, também não seria possível afirmar que um texto legal poderia revogar outro de natureza diversa, sendo permitido tão somente lhe afaste aplicabilidade.

Dotados ambos, pois, de eficácia formal própria, sem que, na falta de habilitação constitucional para isso, a de um possa prevalecer sobre a de outro, não posso aderir, com a reverência que merecem as opiniões em contrário, à tese de que a lei, em nossa ordem jurídica, revoga o tratado. Possui este, segundo a doutrina acolhida pelo eminente Ministro Xavier de Albuquerque, “forma própria de revogação, a denúncia, somente podendo ser alterado por outra norma de categoria igual ou superior, internacional, e jamais pela inferior, interna ou nacional”⁶⁴.

Diante desse posicionamento, o ministro prossegue para defender a ideia de que não existe no direito positivo brasileiro uma norma que embase a utilização do princípio *lex posterior derogat priori* no conflito entre leis e tratados internacionais. Entretanto, Leitão de Abreu introduz uma nova interpretação ao caso, questionando no plano da eficácia como os tribunais pátrios devem aplicar as normas em questão. Nessa linha, argui que na inexistência de atribuição de competência ao Poder Judiciário para não aplicar leis que contrariem compromissos internacionais, deve fazê-las cumprir em suas decisões. Todavia, diferencia-se dos votos predecessores ao confirmar o instrumento da renúncia como forma verdadeira de revogação dos tratados, não acolhendo a possibilidade de ocorrência em virtude de lei federal.

Conquanto 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 com aqueles conflitantes. Logo, a lei posterior, em tal caso, não revoga, em sentido técnico, o tratado, senão que lhe afasta a aplicação. A diferente está em que, se a lei revogasse o tratado, este não voltaria aplicar-se, na parte revogada, pela revogação pura e simples da lei dita revogatória. Mas como, a meu juízo, a lei não o revoga, mas 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 consubstanciadas⁶⁵.

⁶⁴ LEITÃO DE ABREU, João, op. cit. loc. cit.

⁶⁵ Idem.

Em que pese acompanhar os votos dos ministros Cunha Peixoto e Cordeiro Guerra, o ministro Leitão de Abreu fundamenta sua conclusão de modo diverso, reconhecendo somente o instrumento da denúncia como forma de revogação dos tratados internacionais. Além disso, admite a possibilidade do pacto voltar a possuir aplicabilidade no direito interno em caso de revogação simples e pura do texto legal que lhe afasta a eficácia. Essa diferenciação se torna importante, pois caso o tratado internacional fosse interpretado como lei federal, dever-se-ia aplicar o disposto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que consolida a impossibilidade de repristinação em seu art. 2º, § 3º⁶⁶, vedando a restauração de lei revogada.

2.2.4 VOTO DO MINISTRO RODRIGUES ALCKMIN

O Ministro Rodrigues Alckmin indica existiram três posições doutrinárias para a resolução de conflitos entre normas internacionais e normas internas. De acordo com esse raciocínio, a primeira delas seria por meio da conjectura dualista, na qual haveria uma eliminação teórica de qualquer divergência entre os textos legais. Tratar-se-ia de fontes normativas que possuem destinatários diferentes, de modo que os tratados internacionais somente criariam direitos e deveres para os Estados, não aos indivíduos.

No que tange às duas posições doutrinárias restantes, ambas seriam originárias da concepção monista, cuja interpretação permite o conflito normativo ora mencionado. Na primeira, ocorreria superioridade da lei, enquanto na segunda, haveria predominância dos tratados internacionais. Em seguida, o ministro expõe, por meio dos relatos do jurista Charles Rousseau, as experiências jurisprudenciais francesas e as principais alterações constitucionais promovidas naquele país. Inicialmente, o art. 26⁶⁷ da Constituição de 1946 retratava tão somente a paridade entre leis e tratados, o que seria modificado posteriormente pela Constituição de 1958, resultando no art. 55, analisado no início do capítulo. No contexto alemão, destaca Rodrigues Alckmin, os tribunais estão constitucionalmente permitidos a não aplicar leis contrárias ao Direito Internacional.

⁶⁶ BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657, 1942. Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

[...]

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

⁶⁷ FRANÇA, Constituição, 1946. Original : Art. 26. Les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ont force de loi dans le cas même où ils seraient contraires à des lois françaises, sans qu'il soit besoin pour en assurer l'application d'autres dispositions législatives que celles qui auraient été nécessaires pour assurer leur ratification.

No caso brasileiro, o voto do ministro relembra os anteriores ao relatar a inexistência de direito positivo no país que regulamente a matéria, restando à doutrina e à jurisprudência solucionar a questão. Nesse ponto, Rodrigues Alckmin faz referência aos estudos franceses, contrapondo os dispositivos das Constituições de 1946 e 1958.

Mas a Constituição federal não encerra norma que, na hierarquia das leis, outorgue, aos tratados, posição de proeminência, exigindo a prévia denúncia deles para que, só então, a legislação interna possa dispor em sentido contrário ao que neles se contenha. Não chegamos à norma da Constituição francesa de 1958, em seu art. 55: a da afirmativa de que as leis internas serão inválidas, se contrárias ao teor de tratados. Ficamos a par da regra francesa de 1946⁶⁸.

Diante da situação posta, o ministro argumenta que, ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha entendido pela utilização majoritária do sistema monista, essa percepção não indica necessariamente uma primazia do Direito Internacional em face do Direito Interno. Na visão do ministro, a Constituição deveria conter expressamente um dispositivo nesse sentido, e não existindo, não deveria persistir um impedimento para a edição de leis internas que contrariem tratados internacionais.

2.2.5 VOTO DO MINISTRO ANTONIO NEDER

Contrariando as fundamentações dos votos que o precederam, o ministro Antônio Neder introduz uma nova abordagem ao julgamento, distanciando-se das discussões sobre as teorias de incorporação de tratados internacionais ao ordenamento jurídico interno. Na visão do ministro, o problema encontra-se na interpretação equivocada da Convenção de Genebra, um texto antigo, que deve se adaptar à realidade dos Estados ao longo dos anos.

Vê-se que o Supremo Tribunal está diante de uma norma de direito internacional que, redigida no longínquo dia 7.6.1930, se tornou indiscutivelmente antiquada ou inatual em certo pormenor do seu contexto, razão bastante para impor à corte que atualize o sentido por ela manifestado, a fim de lhe assegurar plena vigência⁶⁹.

De modo a embasar o seu entendimento, o ministro ressalta as manifestações do jurista português Silva Cunha, que em sua obra afirma que o texto dos tratados internacionais deve ser o ponto inicial da interpretação, contudo, a análise literal não deve ser o único instrumento utilizado. Nesse sentido, dever-se-ia buscar as verdadeiras intenções das partes, para além do

⁶⁸ RODRIGUES ALCKMIN, José Geraldo, op. cit. loc. cit.

⁶⁹ ANTÔNIO NEDER in: *STF. RE 80.004*. Julgado em 31/05/1977.

que se encontra posto nas letras dos acordos, especialmente quando uma compreensão extensiva se torna necessária para a concretude dos pactos internacionais.

Sem dúvida, é ressabido que o intérprete deve descobrir na lei a sua força oculta; sucede que a fixação do direito, em abstrato, pelo legislador, pressupõe a formulação de sua vontade, sujeito sempre às imperfeições humanas; por isso, a norma jurídica deve ser interpretada em termos que traduzam o máximo de sua potencialidade normativa, para o que deve o intérprete considerar não somente a letra da regra e sua solução expressa, mas também o seu conteúdo espiritual e a sua solução latente e implícita (*Littera enim occidit, spiritus autem vivificat*)⁷⁰.

Desta forma, o ministro Antônio Neder compreende que existe compatibilidade entre a Convenção de Genebra e o Decreto-Lei nº 427/69, afastando a incidência de conflito entre o tratado internacional e a norma de Direito Interno. Sendo assim, ainda que devido a uma fundamentação diversa dos ministros Cunha Peixoto, Cordeiro Guerra, Leitão de Abreu e Rodrigues Alckmin, acompanha-os no resultado do julgamento.

2.2.6 VOTO DO MINISTRO THOMPSON FLORES

O ministro Thompson Flores retoma a controvérsia sobre as antinomias entre normas provenientes do Direito Internacional e do ordenamento jurídico interno, divergindo do voto que o antecedeu. Acompanhando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o ministro baseia sua argumentação sob a luz da teoria monista adotada no Brasil. De modo sucinto, Thompson Flores salienta novamente a inexistência de previsão constitucional para a prevalência dos tratados internacionais diante da legislação nacional, motivo pelo qual a Suprema Corte deveria tratá-los como equivalentes.

2.2.7 VOTO DO MINISTRO ELOY DA ROCHA

O último ministro a proferir seu voto, Eloy da Rocha, discorda da aparente maioria ao expressar seu entendimento que “lei ordinária não pode revogar norma constante das mesmas Convenções⁷¹”, sob o argumento que já existe essa ressalva em diferentes dispositivos na ordem jurídica brasileira, tomando como exemplo o art. 98⁷² do Código Tributário Nacional e

⁷⁰ ANTÔNIO NEDER, op. cit. loc. cit.

⁷¹ ELOY DA ROCHA in: *STF. RE 80.004*. Julgado em 31/05/1977.

⁷² BRASIL, Código Tributário Nacional, 1966. Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.

o art. 4º do Código Penal à época, que após a Lei nº 7.209/84 passou a vigorar como art. 5º⁷³. Entretanto, o ministro não reconhece incompatibilidade entre a Convenção de Genebra e o Decreto-Lei nº 427/69, considerando-o apenas como norma regulamentadora. Desta forma, Eloy da Rocha segue a maioria ao dar provimento ao recurso.

2.2.8 RESULTADO DO JULGAMENTO

Diante das manifestações dos ministros, muito embora tenha sido dado provimento ao Recurso Extraordinário 80.004/SE, os fundamentos dos votos divergem profundamente, sendo impossível afirmar que existiu maioria consolidada sobre a possibilidade de revogação de tratados internacionais por leis nacionais.

Os ministros Cunha Peixoto, Cordeiro Guerra, Rodrigues Alckmin e Thompson Flores argumentaram no sentido da paridade entre tratados internacionais e leis, votando pelo provimento do recurso. De outro lado, os ministros Leitão de Abreu, Antônio Neder e Eloy da Rocha apesar de também votarem pelo provimento do recurso, utilizaram-se de argumentos diferentes, não corroborando plenamente com a tese levantada pelos demais. O ministro Bilac Pinto não apresentou voto-vista ou argumentação, limitando-se a dar provimento ao recurso. Ainda cumpre informar que o ministro Moreira Alves encontrava-se impedido e o ministro Djaci Falcão não tomou parte no julgamento, reduzindo o número de julgadores.

Sendo assim, o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004/SE não demonstra um entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal sobre a incorporação dos tratados internacionais diante ao ordenamento jurídico brasileiro, mas compreende diferentes opiniões sobre o assunto, que, em virtude do caso concreto, acabaram convergindo para um mesmo resultado, sem, no entanto, compartilhar dos mesmos fundamentos teóricos.

2.3 SITUAÇÕES PARTICULARES NO DIREITO BRASILEIRO: AS EXCEÇÕES APLICADAS ÀS ÁREAS DE DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITOS HUMANOS

2.3.1 DIREITO TRIBUTÁRIO

O direito brasileiro estabelece duas exceções à regra geral concernente a incorporação de tratados ao ordenamento jurídico pátrio, sendo ambas em virtude da matéria objeto do compromisso internacional: Direito Tributário e Direitos Humanos. O primeiro tem origem no

⁷³ BRASIL, Código Penal, 1941. Art. 5º. Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.

Código Tributário Nacional, sancionado em 25 de outubro de 1966 e recepcionado pelo Constituição Federal de 1988 com status de lei complementar, que determina em seu art. 98 que “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

O internacionalista Francisco Rezek defende a tese de que a norma expressa no CTN deve ser interpretada não somente como uma recomendação ao Poder Legislativo quanto às leis posteriores aos tratados, mas também como forma de solução de eventuais conflitos existentes entre textos legais de origens distintas.

Desta forma, para conceder efeito útil ao disposto no art. 98 do CTN, deve-se encarar o Código como fonte de normas gerais de Direito Tributário, colocando-o acima da legislação ordinária, e permitindo que este outorgue aos tratados internacionais prevalência em face de leis posteriores⁷⁴. Esse entendimento é compartilhado por diversos tributaristas brasileiros, como Hugo de Brito Machado, Alberto Xavier, Aliomar Baleeiro e Fábio Fanucchi⁷⁵.

Em seguida, para justificar sua compreensão, o antigo juiz da Corte Internacional de Justiça argumenta pelo vício de inconstitucionalidade formal das leis que versarem de modo diverso sobre a mesma matéria de um tratado ou convenção vigente.

Faz sentido, por exemplo, dizer que no caso do conflito de ora cuidamos a norma interna sucumbe por inconstitucionalidade. Ao desprezar o art. 98 do CTN e entrar em conflito com tratado vigente, a lei ordinária implicitamente terá pretendido inovar uma norma geral de direito tributário, estabelecendo, para si mesma, uma premissa conflitante com aquele artigo, qual seja a de que é possível ignorar o compromisso internacional e dispor de modo destoante sobre igual matéria. É uma hipótese *sui generis* de inconstitucionalidade formal: a lei não ofende a carta pela essência do seu dispositivo, nem por vício qualquer de competência ou de processo legislativo, mas por assentar sobre uma premissa ideológica hostil à exclusividade que a carta dá à lei complementar para ditar normas gerais de direito tributário⁷⁶.

Todavia, essa compreensão não é compartilhada por alguns tributaristas nacionais, como Geraldo Ataliba, Aires Barreto e Luciano Amaro⁷⁷, que consideram a prevalência dos acordos internacionais decorrente do princípio da especialidade, *lex specialis derogat generalis*, característico da solução de antinomias no ordenamento interno. Nesse sentido, não haveria um grau hierárquico diferenciado para os tratados internacionais na ordem jurídica, mas tão somente uma especialidade quando comparados com a legislação ordinária brasileira.

⁷⁴ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 102.

⁷⁵ KINCHESCKI, Cristiano. *O artigo 98 do Código Tributário Nacional e o conflito entre tratado de direito tributário e lei interna*. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2007.

⁷⁶ REZEK, José Francisco, op. cit. loc. cit.

⁷⁷ KINCHESCKI, Cristiano, op. cit. loc. cit.

O conflito entre a lei interna e o tratado resolve-se, pois, a favor da norma especial (do tratado), que excepciona a norma geral (da lei interna). Vislumbra-se, pois, o *carácter específico do tratado* em matéria tributária. O ato internacional valerá com primazia diante da previsão específica de situações em seu texto, não sei tratando, pois, de “revogação” da legislação interna, mas de suspensão – ou modificação – de eficácia da norma tributária nacional, que poderá readquirir a sua aptidão para a produção de efeitos quando e se o tratado for denunciado⁷⁸.

O entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça tem indicado uma linha semelhante ao último argumento, prezando pela fundamentação que compreende os tratados internacionais em matéria de Direito Tributário como normas especiais, ou específicas, sem estender essa compreensão a todos os acordos.

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-lhes 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 contratual⁷⁹.

Diante da situação relatada, conclui-se que ainda persiste uma grande divergência na doutrina brasileira sobre a interpretação do art. 98 do Código Tributário Nacional após a Constituição Federal de 1988. De outro modo, os tribunais pátrios têm decidido de forma reiterada no sentido de conceder um aspecto diferenciado somente aos tratados internacionais que possuam o escopo de representar uma relação contratual.

2.3.2 DIREITOS HUMANOS

O Brasil adotou uma compreensão particular na abordagem dos compromissos internacionais sobre Direitos Humanos ao longo das últimas décadas, consagrando-a no julgamento do Recurso Extraordinário 466.434-1 e na Emenda Constitucional nº 45. Inicialmente, cumpre informar que os tratados sobre Direitos Humanos, desde a promulgação da Constituição Federal em 1998, promoveram interpretações diversas na doutrina e na jurisprudência, em virtude do art. 5º, § 2º⁸⁰, como relatado pelo ministro Gilmar Mendes⁸¹.

⁷⁸ SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 619

⁷⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 196.560*. Julgado em 18/03/1999.

⁸⁰ BRASIL, Constituição, 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Essa disposição constitucional deu ensejo a uma instigante discussão doutrinária e jurisprudencial – também observada no direito comparado – sobre o *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, a qual pode ser sistematizada em quatro correntes principais, a saber:

- a) a vertente que reconhece a natureza *supraconstitucional* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos;
- b) o posicionamento que atribui caráter *constitucional* a esses diplomas internacionais;
- c) a tendência que reconhece o *status* de *lei ordinária* a esse tipo de documento internacional;
- d) por fim, a interpretação que atribui caráter *supralegal* aos tratados e convenções sobre direitos humanos⁸².

De acordo com o ministro, o Estado brasileiro está fundado no princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, incluindo todos os dispositivos provenientes do Direito Internacional, independentemente da matéria, como já foi afirmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RHC 79.785.

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 ditado pela Constituição (...) e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle de constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b)⁸³.

Dessa forma, a primeira hipótese estaria descartada, apesar de contar com adeptos na doutrina brasileira, especialmente alguns internacionalistas como Celso de Albuquerque Mello. De outro modo, a posição que reconhece um caráter constitucional aos compromissos internacionais na área de Direitos Humanos possui maior respaldo teórico que a primeira assertiva, estando baseada em eventual possibilidade de controle de constitucionalidade prévio, antes da ratificação do pacto, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Ação Declaratória de Constitucionalidade em face do Decreto Legislativo que aprova o instrumento internacional.

Essa tese entende o §2º do art. 5º da Constituição como uma *cláusula aberta de recepção* de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil. Ao possibilitar a incorporação de novos direitos por meio de tratados, a Constituição estaria a atribuir a esses diplomas internacionais a

§ 2º - 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.

⁸¹ Para efeitos deste trabalho, analisar-se-á somente a primeira parte do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE 466.343, assim enunciada “Prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos”.

⁸² MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit. loc. cit.

⁸³ SEPÚLVEDA PERTENCE, José Paulo in: *STF. RHC 79.785*. Julgado em 29/03/2000.

hierarquia de norma constitucional. E o §1º do art. 5º asseguraria a tais normas a *aplicabilidade imediata* nos planos nacional e internacional, a partir do ato de ratificação, dispensando qualquer intermediação legislativa⁸⁴.

Sob esta perspectiva, os conflitos entre os tratados internacionais e a Constituição deveriam ser resolvidos com base no princípio que a norma aplicada deve ser a mais benéfica às vítimas, em prevalência aos Direitos Humanos. No entanto, apesar de reconhecer sua plausibilidade, esse não é o entendimento defendido pelo ministro Gilmar Mendes no seu voto no RE 466.343, onde afirma que os tratados internacionais incorporados ao ordenamento brasileiro antes da Emenda Constitucional nº 45 não devem usufruir de *status* constitucional.

Apesar da interessante argumentação proposta por essa tese, parece que **a discussão em torno do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a Reforma do Judiciário** (oriundo do Projeto de Emenda Constitucional nº 29/2000), a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do §3º ao art. 5º, com a seguinte disciplina: “*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*”⁸⁵.

Nesses termos, o ministro Gilmar Mendes prossegue para arguir que os pactos sobre direitos humanos que não seguiram esse rito legislativo, conseqüentemente, não poderiam se beneficiar do nível hierárquico concedido pela Emenda Constitucional. Entretanto, essa iniciativa destacaria o caráter especial dos tratados sobre a matéria humanística, colocando-os em proeminência diante do restante do ordenamento jurídico interno, ainda que não em patamar constitucional. Todavia, parte da doutrina internacionalista discorda desse entendimento, conforme se verifica nos ensinamentos do antigo juiz da Corte Internacional de Justiça, Francisco Rezek, cujos argumentos são que “sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional⁸⁶”, utilizando-se em seqüência do exemplo do Código Tributário Nacional que a Constituição Federal recepcionou com *status* de lei complementar, ainda que não tenha percorrido o respectivo trâmite legislativo à época de sua promulgação.

Retomando as interpretações iniciais, o ministro conclui que, após a reforma, a tese que defendia o caráter de lei ordinária aos tratados internacionais sobre direitos humanos não encontrava mais respaldo na legislação, doutrina ou jurisprudência. Não obstante, importante

⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit. loc. cit.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ REZEK, José Francisco, op. cit. p. 103.

mencionar que o Supremo Tribunal Federal chegou a adotar esse entendimento, tendo como caso paradigma o Habeas Corpus 72.131, quando confrontado o Pacto de San José da Costa Rica e o Decreto-Lei n° 911/69.

Na ocasião, reafirmou-se o entendimento de que os diplomas normativos de caráter internacional adentram o ordenamento jurídico interno no patamar da legislação ordinária e eventuais conflitos normativos resolvem-se pela regra *lex posterior derogat legi priori*. [...] Deixou-se assentado, não obstante, seguindo-se o entendimento esposado no voto do Ministro Moreira Alves, que o art. 7º (7) do Pacto de San José da Costa Rica, por ser norma geral, não revoga a legislação ordinária de caráter especial, como o Decreto-Lei n° 911/69, que equipara o devedor-fiduciante ao depositário infiel para fins de prisão civil⁸⁷.

Em medida inovadora, a ser mais bem estudada no terceiro capítulo deste trabalho, Gilmar Mendes questiona a defasagem dessa compreensão em virtude das transformações na ordem jurídica internacional e no papel dos Estados na defesa dos Direitos Humanos. Ao fazer referência ao jurista Peter Häberle, o ministro advoga no sentido de um relativo enfraquecimento dos limites entre o interno e o externo, no qual o direito comunitário exerce função preponderante em face do direito interno, tornando-se um princípio fundamental na cooperação entre Estados Nacionais.

Para subsidiar seus argumentos, o ministro Gilmar Mendes, além de mencionar novamente os dispositivos da Constituição Federal sobre o assunto, traz à discussão as constituições de países como Paraguai, Argentina e Uruguai, que revelam a tendência global de prestigiar as normas internacionais sobre Direitos Humanos.

Por conseguinte, a partir desse universo jurídico voltado aos direitos e garantias fundamentais, as constituições não apenas apresentam maiores possibilidades de concretização de sua eficácia normativa, como também somente podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o Direito Internacional do Direito Constitucional⁸⁸.

Desta forma, Gilmar Mendes defende uma revisão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para melhor adequar a incorporação dos tratados sobre Direitos Humanos ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que os esforços no plano internacional para consagração dessa matéria não obterão êxito sem alteração no sistema interno. Tal compreensão é compartilhada pelo juiz da Corte Internacional de Justiça, Cançado Trindade que afirma ser “inteiramente infundada, no tocante em particular aos tratados de direitos

⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit. loc. cit.

⁸⁸ Idem.

humanos, a tese clássica – ainda seguida em nossa prática constitucional – da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional⁸⁹”.

Diante dos argumentos expostos, o ministro conclui que, dentro das quatro possibilidades apresentadas, a que melhor se adequaria à Constituição Federal de 1988 seria a de que os tratados internacionais sobre Direitos Humanos, ratificados e promulgados antes da Emenda Constitucional nº 45, teriam um grau hierárquico supralegal no ordenamento jurídico brasileiro. Deste modo, os compromissos externos assumidos pelo Brasil seriam colocados no plano das normas infraconstitucionais, contudo, em caráter especial diante das leis nacionais.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana⁹⁰.

O ministro Gilmar Mendes prossegue em seu voto a explanação sobre os dispositivos constitucionais de países como Alemanha, França e Grécia, que estabelecem a prevalência dos tratados sobre as leis nacionais, assim como relembra o antigo entendimento da Suprema Corte brasileira nas décadas de 40 e 50, citado no início desse capítulo, recomendando uma mudança na posição do STF sobre o assunto.

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio de procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

O voto do ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário 466.343 representou uma mudança no entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre tratados internacionais, sendo referendado pela jurisprudência que o sucedeu. Ainda assim, existem discordâncias na doutrina internacionalista que, apesar dos progressos em direção ao Direito Internacional nas palavras de Gilmar Mendes, compreende que os tribunais brasileiros deveriam adotar posturas mais progressistas em suas interpretações, como coloca Valério Mazzuoli na defesa do *status* constitucional de todos os acordos que versem sobre Direitos Humanos⁹¹.

⁸⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. In: Arquivos de Direitos Humanos 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 46-47.

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit. loc. cit.

⁹¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, op. cit. p. 398-416.

3. A CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados tem sua origem formal nas Resoluções 2166 (1966) e 2287 (1967) da Assembleia Geral das Nações Unidas e na Conferência das Nações Unidas sobre Direito dos Tratados sediada em Viena nos anos de 1968 e 1969. A Convenção foi adotada em maio de 1969, contudo, somente entrou em vigor no ano de 1980 com o depósito do instrumento de ratificação pelo 35º Estado parte, nos termos de seu art. 84⁹². Durante os anos de 1969 e 1970, trinta e cinco países assinaram o tratado, dentre eles o Brasil, em 23 de maio de 1969, e atualmente cento e quatorze Estados fazem parte da Convenção. Cabe ressaltar que o Brasil somente ratificou o compromisso em 25 de setembro de 2009, promulgando-o em 14 de dezembro de 2009, por meio do Decreto nº 7.030/09, mais de quarenta anos após sua assinatura.

Após o término da Segunda Guerra Mundial, especificamente no ano de 1949, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas iniciou os seus trabalhos, tendo como um dos principais objetivos codificar os princípios e normas que regem o Direito dos Tratados, devido ao seu papel fundamental na seara internacional.

A importância que representam os tratados na vida jurídica internacional, os contornos bem definidos e relativamente precisos dos princípios relativos à sua conclusão e à sua aplicação, levaram a Comissão de Direito Internacional (C.D.I.) a preocupar-se muito cedo com a sua codificação. Iniciada em 1950 e entrando na sua fase activa a partir de 1961, esta só pôde todavia ser concluída em 1969 tantos foram os problemas surgidos em toda a sua complexidade assim que se entrou no pormenor das regras aplicáveis⁹³.

A Convenção de Viena possui um carácter híbrido em relação aos seus dispositivos, à medida que positiva práticas antigas do Direito Internacional e também estabelece novos institutos para permitir que o seu texto não se torne obsoleto ao passar dos anos, o que se mostrou eficiente, pois se “constitui hoje o principal guia da prática dos Estados em matéria de tratados⁹⁴”, com inúmeras adesões e ratificações na última década.

Chamada *Lei dos Tratados*, *Código dos tratados* ou ainda *Tratado dos Tratados*, a Convenção de Viena de 1969 é um dos mais importantes documentos já concluídos na história do Direito Internacional Público. Ela não se limitou apenas à codificação do conjunto de regras gerais referentes aos tratados concluídos entre Estados, mas

⁹² CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS, 1969. Art. 84. A presente Convenção entrará em vigor no trigésimo dia que se seguir à data do depósito do trigésimo quinto instrumento de ratificação ou adesão.

⁹³ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 121.

⁹⁴ Idem.

também se preocupou em regular todo tipo de desenvolvimento progressivo daquelas matérias ainda não consolidadas na arena internacional⁹⁵.

Muito embora a Convenção de Viena não tenha sido ratificada por certos Estados importantes no cenário internacional, dos quais se destacam a França e os Estados Unidos, membros permanentes do Conselho de Segurança das Nações Unidas, determinadas disposições presentes em seu texto podem ser aplicadas a Estados que não tenham consentido formalmente com o tratado, pois de acordo com parte da doutrina, tratar-se-ia de direito consuetudinário internacional.

É curioso observar que a Convenção de Viena de 1969 reveste-se de autoridade jurídica mesmo para aqueles Estados que dela não são signatários, em virtude de ser ela geralmente aceita como norma “declaratória de Direito Internacional geral”, expressando direito consuetudinário vigente, consubstanciado na prática reiterada dos Estados no que diz respeito à matéria nela contida⁹⁶.

O preâmbulo da Convenção também reafirma, parcialmente, a tese apresentada pela doutrina ao asseverar que “os princípios do livre consentimento e da boa fé e a regra *pacta sunt servanda* são universalmente reconhecidos”, demonstrando que uma parcela de seus dispositivos já estava esculpida nos princípios do Direito Internacional. O texto introdutório da Convenção igualmente ressalta o papel fundamental exercido por esta no desenvolvimento da ordem jurídica internacional, consagrando princípios e determinando diretrizes para a relação entre os Estados e seus compromissos futuros.

Não obstante o seu caráter de norma geral, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados não deve ser entendida como uma norma internacional hierarquicamente superior às demais, permitindo a compromissos específicos determinarem regras especiais, mesmo que em contrariedade ao disposto naquele diploma legal.

Para efeitos do estudo ora apresentado, torna-se importante destacar que a Convenção de Viena de 1969 é dividida inicialmente em oito Partes, sendo elas: 1. Introdução; 2. Conclusão e Entrada em Vigor de Tratados; 3. Observância, Aplicação e Interpretação de Tratados; 4. Emenda e Modificação de Tratados; 5. Nulidade, Extinção e Suspensão de Execução de Tratados; 6. Disposições Diversas; 7. Depositários, Notificações, Correções e Registro; e 8. Disposições Finais. Nesse sentido, far-se-á uma análise mais aprofundada da Parte 3 “*Observância, Aplicação e Interpretação de Tratados*”, especificamente de sua Seção 1 “*Observância de Tratados*”, que engloba os artigos 26 “*Pacta sunt servanda*” e 27

⁹⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, op. cit. p. 35.

⁹⁶ Ibidem, p. 37.

“*Direito Interno e Observância de Tratados*”, cujo estudo permitirá verificar a compatibilidade da Convenção com a prática jurídica brasileira.

3.1 O PRINCÍPIO DO *PACTA SUNT SERVANDA* E O ARTIGO 27 DA CVDT

Conforme colocado anteriormente, a Seção 1 da Parte 3 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, denominada “*Observância de Tratados*”, tem como objetivo traçar princípios gerais para o cumprimento e execução das obrigações internacionais. Os tratados exercem função primordial enquanto fontes do Direito Internacional, e o seu respeito pelos Estados constitui-se como um alicerce da sociedade contemporânea.

Sendo os tratados a fonte mais importante do Direito Internacional contemporâneo, o seu respeito por parte dos Estados configura a base necessária para a pacificação mundial e para a conseqüente organização política e internacional do planeta⁹⁷.

Por conseguinte, se faz necessária a compreensão dos institutos presentes nos artigos 26 e 27 da Convenção, bem como as suas repercussões nas doutrinas brasileira e estrangeiras.

3.1.1 ARTIGO 26 – *PACTA SUNT SERVANDA*

O princípio do *pacta sunt servanda* é considerado como um dos mais importantes do Direito Internacional, pois fundamenta a obrigatoriedade do cumprimento dos acordos internacionais, nos termos do art. 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, cuja redação afirma que “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”. Os relatórios iniciais e o projeto da Comissão de Direito Internacional de 1964, sendo que este último já apresentava o texto presente na versão final do tratado, demonstram a existência dessa percepção desde os momentos iniciais de construção da Convenção.

A boa-fé constitui o princípio mais fundamental de todo o direito dos tratados. A própria ideia de tratado torna-se sem sentido se não houver a prévia obrigação de respeitar o acordo, a palavra firmada. Sem a boa-fé, todo o ramo do direito convencional perde a razão de ser. É um dever originalmente costumeiro, mas foi estipulado na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, o que evidencia a sua condição “metanorma”⁹⁸.

Nessa mesma linha, o internacionalista brasileiro Valério Mazzuoli:

⁹⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, op. cit. p. 191.

⁹⁸ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. *Comentários ao Artigo 26* in: SALIBA, Aziz Tuffi (Org.). *Direito dos Tratados: Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969)*, p. 181.

O que se extrai do enunciado do art. 26 da Convenção de Viena é que a obrigação de respeitar os tratados é um princípio necessário do Direito Internacional Público; necessário porque, sem ele, a segurança das relações entre os povos e a paz internacional seriam impossíveis. Além do mais, a referência à *boa-fé* bem demonstra a necessidade de uma convivência harmoniosa entre os Estados, o que não seria possível sem o cumprimento das normas nascidas no seio da sociedade internacional⁹⁹.

Os juristas franceses Alain Pellet, Mathias Forteau e Patrick Daillier defendem que o princípio da boa-fé necessita ser compreendido como um instituto que rege o conjunto das relações internacionais, e destacam que na Convenção de Viena deve ser reconhecido também o seu art. 18¹⁰⁰, que estabelece os casos em que os Estados devem evitar condutas que prejudiquem o objeto e a finalidade de um compromisso internacional¹⁰¹. De acordo com Jean Combacau e Serge Sur, o art. 26 da CVDT e o princípio do *pacta sunt servanda* podem ser enxergados diante de obrigações positivas e negativas assumidas pelo Estado¹⁰².

Do ponto de vista negativo, os autores sugerem que um Estado parte não pode de forma unilateral ou discricionariamente modificar ou rejeitar os compromissos assumidos em acordo internacionais. Todavia, o Estado possui a liberalidade de renunciar ao exercício dos direitos existentes nos tratados, sem a necessidade de simplesmente descumpri-los.

De outro modo, as partes possuem obrigações positivas, as quais poderiam ser dívidas em três aspectos principais: a) engajamento geral na execução do tratado; b) aceitação em estar exposto às consequências jurídicas derivadas de seu descumprimento; e c) engajamento na concretização dos objetivos específicos do acordo.

Retornando à doutrina brasileira, Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo defende a teoria que o princípio do *pacta sunt servanda* decorre do princípio da boa fé, caracterizando-se pelo seu aspecto mais restrito quanto à aplicação do segundo junto às obrigações constantes em tratados e compromissos internacionais.

A boa-fé, que é um imperativo do direito internacional por inteiro, quando aplicado no direito convencional para execução de tratados, torna-se outro princípio, o *pacta sunt servanda*. Nos comentários ao projeto da CDI de 1966, a Comissão lembra que,

⁹⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, op. cit. p. 191.

¹⁰⁰ CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE DIREITO DOS TRATADOS, 1969. Art. 18. Um Estado é obrigado a abster-se da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado, quando:

a) tiver assinado ou trocado instrumentos constitutivos do tratado, sob reserva de ratificação, aceitação ou aprovação, enquanto não tiver manifestado sua intenção de não se tornar parte no tratado; ou
b) tiver expressado seu consentimento em obrigar-se pelo tratado no período que precede a entrada em vigor do tratado e com a condição de esta não ser indevidamente retardada.

¹⁰¹ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; FORTEAU, Mathias; PELLET, Alain. *Droit International Public*. Paris : L.G.D.J., 2009, p. 239.

¹⁰² COMBACAU, Jean; SUR, Serge. *Droit International Public*. Paris : Montchrestien, 2010, p. 150.

apesar da generalizada incidência do princípio da boa-fé em todo o direito internacional, e da sua menção expressa nos artigos sobre interpretação de tratados, desejava ressaltar a importância desse princípio na observância dos tratados e, assim, valeu-se da consagrada expressão *pacta sunt servanda*¹⁰³.

Independentemente de sua origem, é consenso na doutrina pátria e estrangeira que o princípio do *pacta sunt servanda* está incluso no rol de dispositivos da Convenção de Viena que positivam normas consuetudinárias do Direito Internacional, não existindo qualquer inovação nesse aspecto. Entretanto, alguns juristas questionam a possibilidade desse princípio enquadrar-se como norma *jus cogens*, que possuiria prevalência diante das demais normas internacionais e se configuraria como uma obrigação máxima dos Estados. Muito embora o *pacta sunt servanda* tenha efeitos *erga omnes* e possua suas origens em tempos bastantes distantes, as inúmeras possibilidades de afastamento das obrigações, como a renúncia, as reservas, as declarações interpretativas, que, de certa forma, limitam a sua aplicação, indicam a dificuldade em afirmar um eventual *status* de norma *jus cogens*¹⁰⁴.

Em relação ao trecho do artigo relacionado às obrigações das partes, ressalta-se que os compromissos assumidos pelo Estado se estendem aos seus órgãos e organizações internas, não estando limitados aos responsáveis diretos pela ratificação do compromisso internacional.

Todos os poderes do Estado – não somente o Executivo e o Legislativo, mas também o Judiciário – devem respeito e obediência ao Direito Internacional Público. A sua não observância acarreta a responsabilidade internacional do Estado, quase sempre esquecida pelos juízes e tribunais nacionais. Exemplo corriqueiro disso, que materializa a prática do ilícito internacional, traduz-se naquela situação em que, por meio de medidas legislativas internas se pretende derrogar tratados internacionais, prática corrente nos países que igualam hierarquicamente o tratado à lei¹⁰⁵.

Desse modo, no caso brasileiro, o tratado deve ser respeitado nos âmbitos do Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, nas esferas federais, estaduais e municipais. Em caso de desobediência, o Estado cometeria violação de obrigação internacional.

3.1.2 ARTIGO 27 – DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO

O art. 27 faz referência às relações entre as normas de Direito Internacional e as de Direito Interno, matéria estudada no primeiro e segundo capítulo deste trabalho acadêmico, tendo a seguinte redação: “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno

¹⁰³ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de, op. cit. p. 187.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 188.

¹⁰⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, op. cit. p. 196.

para justificar o inadimplemento de um tratado”, sendo complementada pela expressão “esta regra não prejudica o artigo 46¹⁰⁶”. Nas palavras de Dinh, Daillier, Forteau e Pellet:

Os governos são também, por vezes, tentados a justificar o não respeito de um tratado pela sua incompatibilidade com o direito nacional. Em reação a esse argumento perigoso a segurança das relações jurídicas internacionais, o artigo 27 da Convenção de Viena reafirmou a primazia do direito internacional¹⁰⁷.

Em relação à sua ressalva, importante destacar que essa faz referência unicamente à forma de celebração dos tratados, não sendo possível utilizá-la para afastar uma obrigação proveniente de um compromisso internacional assumido pelo Estado, cujo processo de aceitação e ratificação ocorreu em conformidade com a Constituição.

A diferença entre os artigos 27 e 46 da Convenção de Viena de 1969 reside no fato de ser o art. 27 norma afeta ao conflito *material* entre os tratados internacionais e as disposições do Direito interno, ao passo que o art. 46 versa questão de *procedimento* para celebrar tratados, impedindo alegar-se violação do texto constitucional como justificativa para o inadimplemento de um tratado, a não ser em caso de violação manifesta de norma de fundamental importância. Sendo regra relativa ao conflito de normas, o art. 27 não coloca exceção alguma ao impedimento de alegar-se disposição do Direito interno como pretexto para descumprir os tratados¹⁰⁸.

Esse é o mesmo entendimento do professor Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo:

Cabe ressaltar que a frase final do art. 27 (“Esta regra não prejudica o artigo 46.”) não constitui propriamente uma exceção. O art. 46 – analisado adiante – trata da chamada “ratificação imperfeita” e aborda uma das maneiras de ocorrer uma nulidade em virtude de um consentimento viciado. A nulidade do art. 46 insere-se num momento anterior à vigência do tratado, enquanto o art. 27 se aplica a tratados já perfeitos e vigentes. Na etapa de formação de um tratado, a CVDT admite a conjugação das ordens nacional e internacional, mas, depois que ele já entrou em vigor, o direito interno não pode impedir sua execução¹⁰⁹.

Diante das ponderações doutrinárias, torna-se claro que os objetos dos artigos 27 e 46 são consideravelmente distintos, não sendo cabível a arguição do disposto no segundo para contrariar os ditames do primeiro. Outro questionamento recorrente que deve ser analisado

¹⁰⁶ CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS, 1969. Art. 46. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental.

¹⁰⁷ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; FORTEAU, Mathias; PELLET, Alain, op. cit. p. 245. Original: Les gouvernements son en outre parfois tentés de justifier le non-respect d’un traité par son incompatibilité avec le droit national. Pas réaction contre cet argument menaçant pour la securité des relations juridiques internationales, l’article 27 de la Convention de Vienne réaffirme la primauté du droit international.

¹⁰⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, op. cit. p. 193-194

¹⁰⁹ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. *Comentários ao Artigo 27* in: SALIBA, Aziz Tuffi. *Direito dos Tratados: Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969)*, p. 197.

antes de adentrar-se ao verdadeiro sentido do art. 27, diz respeito à polêmica entre as teorias monistas e dualistas. De acordo com a doutrina majoritária, a Convenção de Viena não expressou qualquer posicionamento ou preferência sobre o assunto, uma vez que o art. 27 deve ser entendido como uma obrigação de resultado, independente do modo como os Estados introduzem o conteúdo das normas internacionais no seu ordenamento interno.

Ainda assim, para o artigo 27 da CVDT, não interessa qual a hierarquia que um tratado, depois de internalizado, recebe num país; interessa apenas cumpri-lo. O referido dispositivo estabelece tão somente uma obrigação de resultado, e não importa o mecanismo que o direito interno irá utilizar para esse fim, quer exista ou não a incorporação automática¹¹⁰.

Os juristas franceses Pellet, Forteau e Daillier partilham da mesma posição, ao afirmar que as obrigações provenientes de acordos internacionais devem ser incorporadas aos direitos dos seus cidadãos, independentemente do sistema adotado pelos Estados em relação aos tratados internacionais e a ordem jurídica interna. Nesse sentido, os Estados são livres para realizar o procedimento da maneira que desejaram, mas devem prover os resultados¹¹¹, como também coloca a professora Eileen Denza em suas obras.

Todavia, o direito internacional não prescreve, ele próprio, como elas devem ser aplicadas ou cumpridas no âmbito interno. Isso confirma sua primazia sobre o direito nacional, mas sem invalidar suas leis ou intrometer-se nos seus sistemas jurídicos, querendo um resultado mais do que um método de implantação¹¹².

Da mesma forma, o jurista brasileiro Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo corrobora com o argumento de que a análise da Convenção de Viena, no que tange aos seus dispositivos 26 e 27, deve buscar um relativo afastamento das discussões teóricas que envolvem as teorias monistas e dualistas, uma vez que o Direito Internacional não estaria preocupado com os métodos adotados pelas nações para garantir o cumprimento dos pactos.

Para esse fim (o de evadir-se de obrigações convencionais), portanto, o debate entre monistas e dualistas revela-se irrelevante. Mostra-se possível divergir e sustentar que os ordenamentos nacional e internacional constituem um todo (monista) ou que são diferentes (dualista) ou, ainda, que existem possibilidades de coordenação entre ambos (teses conciliatórias). Porém, são divergências meramente teóricas e não

¹¹⁰ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de, op. cit. loc. cit.

¹¹¹ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; FORTEAU, Mathias; PELLET, Alain, op. cit. p. 251.

¹¹² DENZA, Eileen. *The relationship between international and national law* in: EVANS, Malcolm D. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 411. Original: Yet international law does not itself prescribe how it should be applied or enforced at the national level. It asserts its own primacy over national laws, but without invalidating those laws or intruding into national legal systems, requiring a result rather than a method of implementation.

resolvem problemas práticos. E o disposto no art. 27 possui uma natureza eminentemente prática: um Estado não pode invocar disposições do seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado¹¹³.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados em seu art. 27, portanto, em contrariedade às posições de defensores da primazia da Constituição em todo o mundo, declara a prevalência do Direito Internacional sobre todo o ordenamento jurídico interno, respeitado os princípios elencados na própria Convenção. De acordo com Márcio Garcia, em referência ao internacionalista francês Dominique Carreau, essa concepção está consolidada nas doutrinas e jurisprudência do Direito Internacional, todavia, ainda encontra entraves na sua aplicação no Direito Interno.

Tão certo quanto a prevalência das normas internacionais no convívio externo é o paradoxo indicado por Carreau. Para o professor francês, “le principe de la supériorité est intégralement reconnu au niveau international, il ne continue à l’être que de façon inégale et partielle au niveau du droit interne des Etats”. De fato, no plano doméstico verifica-se, ainda hoje, aplicação desigual e parcial das normas internacionais nos diferentes ordenamentos jurídicos¹¹⁴.

Os Estados assumem seus compromissos no âmbito internacional como resultado do pleno exercício de suas soberanias, tendo a liberdade para realizar os seus próprios procedimentos para a ratificação ou adesão aos tratados, podendo, inclusive, consultar o Poder Legislativo antes de sua anuência no plano internacional, como ocorre no Brasil. Sendo assim, não seria coerente o Estado utilizar-se do seu Direito Interno como base para o descumprimento de pactos internacionais, pois teve oportunidade de debater internamente a obrigação e decidiu assumi-la.

A norma *pacta sunt servanda*, corolário do princípio da boa-fé, ademais, estaria sendo maculada caso fosse tida como válida a alegação do Estado de violação do seu Direito interno pelo compromisso internacional por ele mesmo firmado, o que parece querer demonstrar que a Convenção de Viena de 1969 pretendeu, efetivamente, consagrar a regra da *supremacia* do Direito Internacional frente ao Direito interno¹¹⁵.

A compreensão de Mazzuoli, ora mencionada, também é comum ao juiz da Corte Internacional de Justiça e professor Antônio Augusto Cançado Trindade e aos juristas André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros. Como forma de substanciar o seu entendimento, na

¹¹³ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de, op. cit. p. 195.

¹¹⁴ GARCIA, Márcio P. P. *Tributo aos Tratados* in: MENEZES (Org.), Wagner. *O Direito Internacional e o Direito Brasileiro*. Ijuí: Editora Unijuí, 2004, p. 59.

¹¹⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, op. cit. p. 195.

sequência de sua obra, argumenta que as decisões e atos nacionais que divergirem dos compromissos assumidos perante o Direito Internacional, ainda que não sejam adequados nos tribunais pátrios, serão corrigidos nas instâncias internacionais, por meio da responsabilidade do Estado em cumprir a sua obrigação.

O internacionalista Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo também retrata os eventuais conflitos entre as normas internas e internacionais, indicando que o reconhecimento de um grau de hierarquia maior aos tratados, em relação às fontes internas, seria apenas uma das soluções para evitar uma antinomia.

Para patriotas mais exacerbados, uma situação de conflito entre uma norma interna e outra convencional pode até produzir a ilusão romântica de um embate entre a vontade soberana do Estado contra a pressão imperialista internacional. Mas, em essência, representa a falta de coerência (e unidade) de um Estado, que se engaja num compromisso internacional para desrespeitá-lo em seguida¹¹⁶.

Diversas constituições, após a metade do último século, buscaram se adequar ao novo cenário das relações internacionais, incorporando alguns dispositivos que fizessem referência ao Direito Internacional, precavendo-se e evitando os conflitos normativos com o ordenamento jurídico interno, como foi o caso da França¹¹⁷, Holanda¹¹⁸, Alemanha¹¹⁹, Itália¹²⁰, Espanha¹²¹, Grécia¹²², Portugal¹²³ e Argentina¹²⁴.

¹¹⁶ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de, op. cit. p. 196.

¹¹⁷ FRANÇA, Constituição, 1958. Original: Art. 55. Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.

¹¹⁸ HOLANDA, Constituição, 2008. Art. 93. Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties or of resolutions by international institutions that are binding on all persons.

¹¹⁹ ALEMANHA, Constituição, 1949. Art. 25. The general rules of international law shall be an integral part of federal law. They shall take precedence over the laws and directly create rights and duties for the inhabitants of the federal territory.

¹²⁰ ITÁLIA, Constituição, 1947. Art. 117. Legislative powers shall be vested in the State and the Regions in compliance with the Constitution and with the constraints deriving from EU-legislation and international obligations.

¹²¹ ESPANHA, Constituição, 1978. Art. 96. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

¹²² GRÉCIA, Constituição, 1975. Art. 28. The generally recognised rules of international law, as well as international conventions as of the time they are ratified by statute and become operative according to their respective conditions, shall be an integral part of domestic Greek law and shall prevail over any contrary provision of the law.

¹²³ PORTUGAL, Constituição, 1976. Art. 8. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.

¹²⁴ ARGENTINA, Constituição, 1994. Art. 75. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demas naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquia superior a las leyes.

Finalmente, a jurisprudência internacional historicamente também caminhou nessa direção, não permitindo aos Estados esquivar de suas obrigações em virtude de disposições ou atos praticados no âmbito interno.

As cortes internacionais sempre fizeram as obrigações internacionais prevalecerem em detrimento do direito interno desde o Caso Alabama de 1876 entre Estados Unidos e Reino Unido. Já no seu primeiro acórdão, em 1923, a Corte Permanente Internacional de Justiça recusou admitir a validade de um ato interno (sobre neutralidade) da Alemanha para escusar o inadimplemento das obrigações do Tratado de Versalhes. Numa passagem bastante célebre, essa mesma corte reafirma essa regra de modo bastante contundente: “do ponto de vista do direito internacional e desta Corte, que é o seu órgão, as leis nacionais são simples fatos, que expressam a vontade e constituem o comportamento dos Estados, do mesmo modo que as decisões judiciais e os atos administrativos”¹²⁵.

Desta forma, conclui-se que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em seus artigos 26 e 27, determinou a obrigatoriedade do cumprimento dos compromissos internacionais assumidos pelos Estados, independentemente do sistema de incorporação dessas normas aos ordenamentos jurídicos internos. Nesse mesmo sentido, os Estados não estão habilitados a utilizar quaisquer dispositivos de seu Direito Interno com o objetivo de prejudicar a eficácia de um tratado internacional, uma vez que estes são resultado do exercício pleno da soberania e devem ser respeitados em virtude do princípio do *pacta sunt servanda*.

3.1.3 OUTRAS DISPOSIÇÕES

Os compromissos internacionais empreendidos pelos Estados, todavia, não devem ser eternos ou imutáveis, motivo pelo qual a Convenção de Viena regulamentou brevemente o instituto da denúncia, em seu art. 56¹²⁶. A denúncia, caracterizada pelo “ato unilateral pelo qual um partícipe em dado tratado exprime firmemente a sua vontade de deixar de ser parte do compromisso internacional¹²⁷”, tem sua origem justamente na vontade do Estado.

Será possível fazer das convenções internacionais, que são “fundamentalmente voluntárias e livres”, como espécies de “prisões nas quais uma vez dentro não será possível sair”? Não seria preferível reconhecer que a autonomia da vontade, que

¹²⁵ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges, op. cit. p. 196.

¹²⁶ CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS, 1969. Art. 56. 1. Um tratado que não contém disposição relativa à sua extinção, e que não prevê denúncia ou retirada, não é suscetível de denúncia ou retirada, a não ser que:

- a) se estabeleça terem as partes tencionado admitir a possibilidade da denúncia ou retirada; ou
- b) um direito de denúncia ou retirada possa ser deduzido da natureza do tratado.

2. Uma parte deverá notificar, com pelo menos doze meses de antecedência, a sua intenção de denunciar ou de se retirar de um tratado, nos termos do parágrafo 1.

¹²⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, op. cit. p. 299.

permite ao Estado aceitar um compromisso convencional, também possui a força de liberá-lo desse compromisso? A denúncia unilateral não deve ser um direito inerente ao Estado, o protegendo do fardo insuportável do tratado perpétuo¹²⁸?

Grande parte dos tratados internacionais possui em seu próprio texto as suas formas de denúncia, entretanto, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados ressalta, ainda, ser possível a sua realização mesmo que o diploma legal não o tenha expressado em seu texto. O resultado da redação do art. 56 tem origem nos embates entre aqueles que defendiam a possibilidade irrestrita dos Estados em encerrar unilateralmente os tratados e outros que argumentavam ser necessário o mínimo de anuência pelas demais partes.

Essa exceção foi percebida como uma introdução de um elemento de equilíbrio entre os partidários de uma proibição quase absoluta da denúncia unilateral e aqueles que desejavam o reconhecimento de uma faculdade de denúncia em caso de silêncio do tratado. Em certas categorias de acordos internacionais, a presunção de impossibilidade de denúncia é invertida, sendo incumbência da parte que contesta a denúncia apresentar as provas que fundamentam sua posição¹²⁹.

Sendo assim, o instrumento da denúncia constitui a forma adequada, perante o Direito Internacional, de um Estado se fazer desobrigado de um compromisso assumido na esfera internacional, em consonância também com os dispositivos dos artigos 26 e 27, mencionados no tópico anterior, conservando a boa-fé nas suas relações. Esse entendimento é corroborado pelo art. 42¹³⁰ da mesma Convenção de Viena, que estabelece as regras de validade e vigência dos compromissos internacionais. Nesse sentido, está consagrado que a extinção ou suspensão da execução de um tratado somente poderá ocorrer mediante as condições previstas na Convenção ou nos textos dos acordos, afastando qualquer possibilidade diversa.

Dessa forma, o Direito Internacional estabelece os procedimentos para a extinção ou suspensão das obrigações convencionais, deixando clara a impossibilidade de utilização do

¹²⁸ CHRISTHKIS, Theodore. *Article 56* in: CORTEN, Olivier e KLEIN, Pierre. *Les Conventions de Vienne sur le Droit des Traités :Commentaire article par article*. Bruxelas : Bruylant, 2006, p. 1952. Original : Est-il possible de faire des conventions internationales, qui sont « fondamentalement volontaires et libres », des sorte de « prisons dans lesquelles une fois entré il ne serait plus possible de sortir » ? Ne serait-il pas préférable de reconnaître que l'autonomie de la volonté, qui permet à un Etat d'accepter un engagement conventionnel, a aussi la force de le libérer de cet engagement ? La dénonciation unilatérale n'est-elle pas un droit inhérent de l'Etat ?

¹²⁹ CHRISTAKIS, Theodore, op. cit. p. 1993. Original: Cette exception a été perçue comme introduisant un élément d'équilibre entre les partisans d'une prohibition quasi-absolue de la dénonciation unilatérale et ceux qui souhaitaient la reconnaissance d'une faculté de dénonciation en cas de silence du traité. Pour certaines catégories d'accords internationaux, la présomption de non dénonciabilité se trouve donc renversée et il incombe alors à la partie qui conteste la dénonciation d'apporter la preuve de bien fondé de sa position.

¹³⁰ CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS, 1969. Art. 42. 1. A validade de um tratado ou do consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado só pode ser contestada mediante a aplicação da presente Convenção. 2. A extinção de um tratado, sua denúncia ou a retirada de uma das partes só poderá ocorrer em virtude da aplicação das disposições do tratado ou da presente Convenção. A mesma regra aplica-se à suspensão da execução de um tratado.

Direito Interno enquanto fundamento para se eximir dos compromissos assumidos em tratados internacionais, ou para a eventual suspensão de seus efeitos.

3.2 A DIVERGÊNCIA ENTRE A CVDT E A JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE A REVOGABILIDADE OU PERDA DE EFICÁCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

A Constituição Federal de 1988, conforme estudado anteriormente, silenciou-se sobre a hierarquia dos tratados internacionais na ordem jurídica brasileira. Consequentemente, para efeitos de resolução de conflitos entre normas internas e internacionais, permanece o aparente entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, cujo acórdão é datado de 1977, período anterior à ratificação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados pelo Brasil. Nesse âmbito, cumpre informar que o Estado brasileiro não realizou reservas quanto às disposições presentes nos artigos 26 e 27 da Convenção, motivo pelo qual deve ser compreendida a sua vontade em assentir àqueles deveres.

Inicialmente, deve-se retornar ao julgamento do RE 80.004 para afastar a premissa que a Suprema Corte, em sua maioria, optou pela utilização do princípio *lex posterior derogat priori* como método de resolução da antinomia entre diplomas legais oriundos do Direito Internacional e Direito Interno. Muito embora o resultado do acórdão tenha sido pelo não provimento do recurso, em votação de oito votos a um, somente quatro ministros (Cunha Peixoto, Cordeiro Guerra, Rodrigues Aleckmin e Thompson Flores) tiveram como fundamento de seus votos a paridade entre normas internacionais e nacionais. Entretanto, para efeitos de argumentação e considerando que o Supremo adotou o referido entendimento em situações posteriores, considerar-se-á essa compreensão na sequência desse capítulo.

Sob esta perspectiva, existem diversas desarmonias entre o posicionamento majoritário do Supremo Tribunal Federal em relação à doutrina e à prática do Direito Internacional. Uma das mudanças importantes no cenário desde o julgamento do RE 80.004 diz respeito aos objetivos e finalidades dos compromissos internacionais, que deixaram a tendência de serem direcionados às relações entre Estados e passaram a conter, mais frequentemente, normas cujos destinatários são também os sujeitos dos ordenamentos jurídicos internos.

A Lei das Nações antes do século XX era concernente principalmente – ainda que nunca exclusivamente – com a conduta dos Estados soberanos e a relação entre esses Estados. Agora, entretanto, permeia e condiciona radicalmente as ordens jurídicas nacionais, suas decisões são aplicadas e feitas cumprir pelas autoridades ao

nível nacional, e suas cortes são questionadas para resolver as suas incertezas mais fundamentais.¹³¹

Sobre as atitudes necessárias às Nações para a concretização do resultado exigido pelo Direito Internacional, o brasileiro Valério Mazzuoli:

Ora, não raras vezes, o objetivo de um tratado internacional é o de justamente incidir sobre situações que deverão ser observadas no plano do ordenamento jurídico interno dos Estados. Todos os tratados de direitos humanos, v.g., pertencem a essa categoria, dentre tantos outros exemplos que se poderia dar. O certo é que ao aprovar um tratado internacional, o Poder Legislativo se compromete implicitamente a não editar leis a ele contrárias, a menos que se proponha a sua denúncia¹³².

Diante dessas novas formas de obrigação, observa-se que os ilícitos internacionais não influenciam somente os acordos entre os Estados, mas também repercutem na esfera dos seus cidadãos, tendo impacto nas relações internas. Nesse sentido, importante lembrar que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados instituiu uma obrigação de resultado quanto à observância do princípio do *pacta sunt servanda* e da impossibilidade de arguição de disposições do Direito Interno para se evadir de compromissos internacionais, deixando certa liberalidade aos Estados para garantir o seu cumprimento. Desta feita, independentemente da forma ou método escolhido, os Estados devem assegurar aos seus particulares o exercício dos direitos presentes nos tratados ratificados.

Não se pode desconhecer, Senhora Presidente, que se delineia, hoje, uma nova perspectiva no plano do direito internacional. É que, ao contrário dos padrões ortodoxos consagrados pelo direito internacional clássico, os tratados e convenções, presentemente, não mais consideram a pessoa humana como um sujeito estranho ao domínio de atuação dos Estados no plano externo¹³³.

Conforme exposto anteriormente, a obrigação internacional deve ter seu cumprimento garantido pelo Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, sendo um compromisso assumido pela integralidade do Estado. Muito embora a Constituição Federal de 1988 atribua, em seu art. 84, ao Presidente da República, e conseqüentemente ao Chefe do Poder Executivo, a competência para celebrar tratados, quem assume a obrigação é o Estado brasileiro.

¹³¹ DENZA, Eileen, op. cit. loc. cit. Original: The law of nations was until the twentieth century concerned mainly – though never exclusively – with the conduct of sovereign States and the relation between those States. Now, however, it permeates and radically conditions national legal orders, its rules are applied and enforced by national authorities, and national courts are asked to resolve its most fundamental uncertainties.

¹³² MAZZUOLI, Valério de Oliveira, op. cit. p. 395.

¹³³ CELSO DE MELLO, José in: *STF. RE 466.343-1*. Julgamento em 03/12/2008.

Quando o Presidente da República ratifica um tratado, não o faz de maneira pessoal, mas sim *em nome* do Estado de que é titular; quem atua, ou seja, quem tem *titularidade* para comprometer a Nação no cenário internacional, é o Chefe do Poder Executivo, mas *juridicamente* quem está ali não é o Presidente da República, mas o *Estado brasileiro* por ele (Presidente) representado¹³⁴.

Para compreender melhor a relação entre o compromisso assumido e o Estado, faz-se fundamental voltar ao texto constitucional, responsável pela definição de competência entre os poderes e encarregado de determinar o processo de ratificação de tratados. A Constituição Federal de 1988, além da prerrogativa do Presidente da República em “celebrar tratados, convenções e atos internacionais”, também estabelece a competência do Congresso Nacional em “resolver definitivamente sobre tratados, acordos e atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, conforme o art. 49. Na prática brasileira, de acordo com os estudos realizados no primeiro capítulo deste trabalho, o Poder Legislativo tem o condão de sugerir reservas ou mesmo vetar um tratado, antes de ocorrer a sua ratificação ou adesão pelo Estado brasileiro.

De acordo com o nosso Direito Constitucional, compete privativamente ao Presidente da República o poder de declarar internacionalmente a vontade do Estado, e ao Poder Legislativo resolver definitivamente sobre tratados, aprovando-os ou não (segundo o que julgar mais adequado) antes da ratificação do acordo ou do depósito do instrumento de ratificação no órgão competente. Ficaram excluídos desse trâmite o Poder Judiciário, que só atua posteriormente em caso de resolução de conflitos, e os cidadãos, individualmente considerados¹³⁵.

Consoante a Convenção de Viena, a Constituição de cada Estado tem a liberdade de indicar o método de ratificação e incorporação das normas internacionais ao ordenamento interno. Todavia, uma vez superada essa etapa, o compromisso abrange toda a Nação. No caso brasileiro, o texto constitucional determinou que essa decisão fosse realizada pelo Executivo, pelo Presidente da República, e pelo Legislativo, por meio do Congresso Nacional, os quais, juntamente com o Judiciário, assumem responsabilidades frente à comunidade internacional.

Aprovado o tratado pelo Congresso, o sendo este ratificado pelo Presidente da República, suas disposições normativas, com a publicação do texto, passam a ter plena vigência e eficácia internas. E de tal fato decorre a vinculação do Estado no que atine à aplicação de suas normas, devendo cada um dos seus Poderes cumprir a parte que lhe cabe nesse processo: ao Legislativo cabe aprovar as leis necessárias, abstendo-se de votar as que lhe sejam contrárias; ao Executivo fica a tarefa de bem e fielmente regulamentá-las, fazendo todo o possível para o cumprimento de sua fiel

¹³⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, op. cit. p. 394.

¹³⁵ Idem.

execução; e ao Judiciário incumbe o papel preponderante de aplicar os tratados internamente, bem como as leis que o regulamentam, afastando a aplicação de leis nacionais que lhes sejam contrárias¹³⁶.

Sendo assim, não há de se falar em mitigação da competência legislativa do Congresso Nacional, uma vez que a própria Constituição Federal lhe concede a possibilidade de analisar os compromissos internacionais antes de sua entrada em vigor no território brasileiro. Ainda que não o fizesse, a Constituição possuiria autonomia para indicar os responsáveis pela conclusão de tratados, o que poderia ser questionado no plano Constitucional, mas não diante do Direito Internacional. Como o Estado brasileiro assume uma obrigação negativa de não praticar atos atentatórios aos objetivos dos tratados, conforme mencionado pelos juristas Jean Combacau e Serge Ser, o Poder Legislativo encontra-se incluído nesse compromisso, e deve se comprometer a não editar leis que venham de encontro aos pactos internacionais, enquanto estes estiverem vigentes no país.

Se o Congresso Nacional dá a sua aquiescência ao conteúdo do compromisso firmado, é porque implicitamente reconhece que, se ratificado o acordo, está impedido de editar normas posteriores que o contradigam. Assume o Congresso, por conseguinte, verdadeira *obrigação negativa*, qual seja, a de se abster de legislar em sentido contrário às obrigações assumidas internacionalmente¹³⁷.

Superadas as questões concernentes ao Poder Legislativo, e demonstrado teoricamente que, à luz do Direito Internacional, o Congresso Nacional deveria evitar a criação de normas internas que não estejam de acordo com os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro, passa-se à análise da situação que envolve o Poder Judiciário e a aplicação pelos tribunais pátrios do Direito Internacional.

Assim como o Legislativo, o Judiciário também tem sua responsabilidade no respeito às obrigações internacionais. Se o Congresso deve evitar emitir leis contrárias aos tratados em vigor, cabe aos tribunais nacionais fazerem valer a norma dos pactos vigentes, ainda que em contrariedade às leis nacionais. Caso não sejam aplicados os dispositivos internacionais, estar-se-ia diante de uma forma de revogação unilateral de tratados, uma vez que estes perderiam a eficácia, ou mesmo a validade, para os particulares daquele Estado.

Por outro lado, admitir que o Estado-juiz possa declarar a revogação de um compromisso internacional, é o mesmo que admitir que outros entes estatais, que não a figura constitucionalmente prevista do Presidente da República, possam

¹³⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, op. cit. p. 395.

¹³⁷ Ibidem, p. 396.

indiretamente denunciar o compromisso internacionalmente firmado, deixando-o sem eficácia e aplicabilidade na ordem interna¹³⁸.

Mesmo sob o prisma dos que não defendem a revogação do tratado por lei nacional posterior, como o ministro Leitão de Abreu no julgamento do RE 80.004, cujo argumento sustenta somente o afastamento de sua eficácia, conclui-se que o Estado brasileiro também incorreria em ilícito internacional, de acordo com o artigo 27 da Convenção de Viena e suas interpretações supramencionadas. O ministro Celso de Mello, em 2008, ainda que em referência somente aos pactos sobre direitos humanos, retrata o papel dos tribunais pátrios em relação aos tratados internacionais.

O Juiz, no plano de nossa organização institucional, representa o órgão estatal incumbido de concretizar as liberdades públicas proclamadas pela declaração constitucional de direitos e reconhecidas pelos atos e convenções internacionais fundados no direito das gentes. Assiste, desse modo, ao Magistrado, o dever de atuar como instrumento da Constituição – e garante de sua supremacia – na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte¹³⁹.

Diante dos argumentos expostos, a aplicação dos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados na sistemática brasileira enseja a atribuição de *status* supralegal aos compromissos internacionais, nos casos em que ocorrer um eventual conflito entre os diplomas legais de origens diferentes, interna e internacional. Caso não seja esse o entendimento dos tribunais brasileiros, o Estado estaria diante de um ilícito internacional, ao descumprir um pacto em detrimento de uma lei interna, em virtude de seus próprios atos, o que configuraria uma quebra do princípio do *pacta sunt servanda* e uma situação inadmissível sob o aspecto do Direito Internacional.

Neste momento, cabe um retorno à Convenção de Viena, que estabelece outra forma do Estado se exonerar das obrigações assumidas no âmbito internacional, sem utilizar o seu próprio Poder Legislativo ou Poder Judiciário. Trata-se do instituto da denúncia, mencionado anteriormente. Consequentemente, não existe um compromisso imutável do Estado em face dos pactos, mas tão somente um modo apropriado de revogar os tratados e convenções, o que deve ocorrer no plano internacional e mediante a observância das regras postas e acordadas no Direito Internacional, que permitirá outros efeitos no ordenamento jurídico interno.

¹³⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, op. cit. loc. cit.

¹³⁹ CELSO DE MELLO, José, op. cit. loc. cit.

Em relação às dificuldades impostas pelo regime de paridade entre leis e tratados internacionais, o ministro Gilmar Mendes já havia levantado de maneira sutil a questão no decorrer do julgamento do RE 466.343:

Importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao Estado brasileiro, ao fim e ao cabo, o descumprimento unilateral de um acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante “pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”¹⁴⁰.

Nesse sentido, parte da doutrina, liderada por Valério Mazzuoli, defende uma radical alteração no entendimento do Supremo Tribunal Federal, arguindo a prevalência do Direito Internacional em face das disposições infraconstitucionais de Direito Interno.

Em suma, em razão de todos os argumentos expostos, não se tem dúvida de que os tratados internacionais *comuns* em vigor no Brasil guardam nível *supralegal* na nossa ordem jurídica. Conquanto cedam perante a Constituição – inclusive por força do preceito constitucional que sujeita os tratados à fiscalização de sua constitucionalidade (art. 102, III, *b*) –, os tratados comuns não podem ser revogados por lei interna posterior, sob pena de responsabilidade internacional do Estado¹⁴¹.

Sob esta nova perspectiva, os argumentos levantados pelo internacionalista brasileiro destacam a necessidade de um controle *formal e material* das leis produzidas no Brasil, que serviriam como subsídios para o Poder Judiciário fundamentar suas futuras decisões. De acordo com essa teoria, as normas internas emitidas no Brasil deveriam obedecer, no plano formal, ao processo legislativo designado pela Constituição, como ocorre atualmente. Do mesmo modo, passariam a conter dois limites materiais, o primeiro diante da própria Constituição Federal e dos tratados sobre Direitos Humanos, também já existente nos dias atuais, e o segundo em face dos tratados internacionais comuns de estatura supralegal.

Uma determinada lei interna poderá até ser considerada *vigente* (existente), por ter sido elaborada com respeito às normas do processo legislativo estabelecido pela Constituição (e continuará perambulando nos compêndios legislativos publicados), mas não será *válida* se estiver em desacordo ou com os tratados de direitos humanos (que têm estatura constitucional) ou com os demais tratados dos quais a República Federativa do Brasil é parte (que têm *status supralegal*)¹⁴².

¹⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit. loc. cit.

¹⁴¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, op. cit. p. 397.

¹⁴² Ibidem, p. 400-401.

Retornando ao sistema jurídico adotado no presente, alguns exemplos no direito positivo nacional consagram a possibilidade de compreensão de uma diferenciação entre os tratados internacionais e as leis brasileiras. Inicialmente, destaca-se o Código Penal, original do Decreto-Lei nº 2.848/40, e seu art. 5º¹⁴³, cuja redação é dada pela Lei nº 7.209/84 e determina que as leis naquele diploma sejam aplicadas observados os tratados, convenções e regras de Direito Internacional. Nesse caso, observa-se uma preocupação do próprio legislador em fazer referência não somente aos compromissos assumidos pelo Estado, mas também às regras comuns ao Direito Internacional.

O Código de Processo Penal não adota postura diferente ao abordar a temática do Direito Internacional, estabelecendo em seu art. 1º¹⁴⁴ que as normas adotadas por aquele código regem em todo o território brasileiro o Processo Penal, mas estabelece ressalvas em relação aos tratados, convenções e regras de Direito Internacional. Além desses casos, também se deve lembrar o exposto no art. 98¹⁴⁵ do Código Tributário Nacional, objeto de estudo no segundo capítulo deste trabalho acadêmico, que determina a impossibilidade da legislação tributária interna posterior retirar eficácia das normas internacionais.

Diante de todos os pontos levantados, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entendida como a posição adotada posteriormente ao julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, não encontra respaldo no atual contexto do Direito Internacional, especialmente após a entrada em vigor da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. Os argumentos apresentados à época pelos ministros do STF foram substancialmente rebatidos pela doutrina nacional e estrangeira ao longo das últimas décadas, como se demonstrou no decorrer deste capítulo.

¹⁴³ BRASIL, Código Penal, 1940. Art. 5º. Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.

¹⁴⁴ BRASIL, Código de Processo Penal, 1941. Art. 1º. O processo penal rege-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados:

I - os tratados, as convenções e regras de direito internacional.

¹⁴⁵ BRASIL, Código Tributário Nacional, 1966. Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o processo de integração dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro, conclui-se que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, em 1977, não está em sintonia plena com nenhuma das teorias que relacionam o Direito Internacional e o Direito Interno, estudadas no primeiro capítulo. Nesse sentido, a utilização do princípio *lex posterior derogat priori* é expressamente vedada pela concepção dualista de Triepel, que não concebe a aplicação de normas internacionais no Direito Nacional, sob nenhuma hipótese. De outro modo, a possibilidade de revogação de um diploma internacional pela introdução de uma lei federal não se encontra em acordo com a corrente majoritária da teoria monista, liderada por Hans Kelsen, que apresenta a supremacia do Direito Internacional em face do Direito Interno.

Ainda sob a perspectiva das doutrinas monistas e dualista, o procedimento adotado pelo Brasil na incorporação de tratados também não demonstra uma indicação absoluta sobre a adoção de uma das concepções mencionadas. Nesse ponto, há de se acolher a tese do professor brasileiro Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo na qual se defende que ambas as teorias tinham como objetivo retratar a realidade à época, sob perspectivas doutrinárias e ideológicas distintas, mas que não poderiam ser consideradas atualmente como meras opções legislativas do Estado, pois compreendem uma intensa discussão sobre a concepção do Direito Internacional, não sendo razoável imputar esse embate ao Direito Constitucional.

Em relação à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 e as teorias mencionadas, percebe-se uma notável inclinação do texto em direção ao monismo moderado, uma vez a obrigação de resultado imposta pelo artigo 27 retrata, em parte, a relação direta entre o Direito Internacional e o Direito Interno, com prevalência do primeiro sobre o segundo. Nessa mesma perspectiva, caminham os direitos positivos constitucionais de um grande número de Estados no Direito Internacional contemporâneo. Não obstante, tem-se que uma das maiores discordâncias quanto a esse entendimento versa sobre a necessidade de publicação e promulgação dos tratados internacionais para sua aplicação no Direito Interno, contudo, Hans Kelsen expressa claramente que a aplicação imediata não é *conditio sine qua non* para a concepção monista, que reconhece a possibilidade do Estado exigir um ato interno para que seja concedida eficácia plena ao compromisso internacional na ordem interna.

No que tange a relação entre o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004 e a Convenção de Viena de 1969, ratificada pelo Brasil em 2009, observam-se entendimentos completamente diferentes sobre o papel do Direito Internacional no plano do ordenamento

jurídico interno brasileiro. De acordo com os estudos realizados sobre o princípio do *pacta sunt servanda* e da impossibilidade de arguição do Direito Interno para o Estado se eximir de suas obrigações internacionais, a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, sobre a relação dos tratados internacionais na ordem jurídica nacional, destoa completamente do pacto firmado pelo Brasil, quando da ratificação da Convenção de Viena.

Dessa feita, considerando as transformações que ocorreram nas relações internacionais ao longo do século XX e XXI e o crescimento da importância do Direito Internacional, assim como a expansão dos temas abordados pelos compromissos convencionais, conclui-se pela necessidade de garantir o cumprimento dos pactos no âmbito do Direito Interno dos Estados, sendo esse um dos principais desafios a serem enfrentados nas próximas décadas.

No Brasil, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 não incorporou qualquer dispositivo novo em relação à interpretação de normas, o respeito às diretrizes do Direito Internacional somente deve partir de um novo entendimento pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, reconhece-se o progresso realizado no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, em 2008, contudo, de acordo com a doutrina mais progressista, ainda não atingiu um aceitável para a adequação às novas concepções do Direito Internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA, Constituição, 1949.

ANTÔNIO NEDER in: *STF. RE 80.004*. Julgado em 31/05/1977.

ARGENTINA, Constituição, 1994.

BRASIL, Código de Processo Penal, 1941.

_____, Código Penal, 1940.

_____, Código Tributário Nacional, 1966.

_____. Constituição, 1988.

_____, Decreto-Lei n° 4.657, 1942.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. In: Arquivos de Direitos Humanos 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARREAU, Dominique. *Droit International*. Paris: Pedone, 2007.

CASSESE, Antonio. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

CELSO DE MELLO, José in: *STF. ADI 1.480*. Julgado em 04/09/1997.

_____, José in: *STF. RE 466.343-I*. Julgamento em 03/12/2008.

COMBACAU, Jean; SUR, Serge. *Droit International Public*. Paris: Montchrestien, 2010.

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS, 1969.

CORDEIRO GUERRA, João Baptista in: *STF. RE 80.004*. Julgado em 31/05/1977.

CHRISTHKIS, Theodore. *Article 56* in: CORTEN (Org.), Olivier e KLEIN (Org.), Pierre. *Les Conventions de Vienne sur le Droit des Traités : Commentaire article par article*. Bruxelas: Bruylant, 2006.

CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio in: *STF. RE 80.004*. Julgado em 31/05/1977.

DENZA, Eileen. *The relationship between international and national law* in: EVANS, Malcolm D. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; FORTEAU, Mathias; PELLET, Alain. *Droit International Public*. Paris : L.G.D.J., 2009.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DUPUY, Pierre-Marie; KERBRAT, Yann. *Droit international public*. Paris: Dalloz, 2012.

ELOY DA ROCHA in: *STF. RE 80.004*. Julgado em 31/05/1977.

ESPANHA, Constituição, 1978.

FRANÇA. Constituição, 1958.

_____, Constituição, 1946.

GARCIA, Márcio P. P. *Tributo aos Tratados* in: MENEZES (Org.), Wagner. *O Direito Internacional e o Direito Brasileiro*. Ijuí: Editora Unijuí, 2004.

GODINHO, Thiago José Zanini. *Elementos de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2010.

GRÉCIA, Constituição, 1975.

HOLANDA, Constituição, 2008.

ITÁLIA, Constituição, 1947.

KELSEN, Hans. *Princípios do Direito Internacional*. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

KINCHECKI, Cristiano. *O artigo 98 do Código Tributário Nacional e o conflito entre tratado de direito tributário e lei interna*. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2007.

LEITÃO DE ABREU, João in: *STF. RE 80.004*. Julgado em 31/05/1977.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. *Comentários ao Artigo 26* in: SALIBA (Org.), Aziz Tuffi. *Direito dos Tratados: Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969)*. Itáúna: Editora Arraes, 2012.

_____. *Comentários ao Artigo 27* in: SALIBA (Org.), Aziz Tuffi. *Direito dos Tratados: Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969)*. Itáúna: Editora Arraes, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito dos Tratados*. São Paulo: RT, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira in: *STF. RE 466.343-1*. Julgado em 03/12/2008.

NOSCHANG, Patricia Grazziotin. *A teoria de Triepel e o Recurso Extraordinário 80.004* in: *Revista Ius Gentium 2*. Florianópolis: Ius Gentium, 2009.

OROZIMBO NONATO da Silva in: *STF AC 9.587*. Julgada em 21/08/1951.

PHILADELPHO E AZEVEDO, José in: *STF. AC 7.872*. Julgado em 11/10/1943.

PORTUGAL, Constituição, 1976.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES ALCKMIN, José Geraldo in: *STF. RE 80.004*. Julgado em 31/05/1977.

ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public: Tome I*. Paris: Sirey, 1970.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SEPÚLVEDA PERTENCE, José Paulo in: *STF. RHC 79.785*. Julgado em 29/03/2000.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 196.560*. Julgado em 18/03/1999.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RE 71.154/PR*. Julgado em 04/08/1971.

TRIEPEL, Heinrich. *As relações entre o direito interno e o direito internacional* In:
BARRETO (Org.), Alberto Deodato Maia; CASTRO (Org.), Amilcar de; MACHADO (Org.),
Edgar de Godoi da Mata; FERREIRA (Org.), José do Valle. *Revista da Faculdade de Direito*.
Belo Horizonte: UFMG, 1966.

XAVIER DE ALBUQUERQUE, Francisco Manoel in: *STF. RE 80.004*. Julgado em 31/05/1977.