IPTAN - INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR “PRESIDENTE TANCREDO DE ALMEIDA NEVES”

HELENA MARQUES DE CASTRO E COELHO

DA POSIÇÃO HIERÁRQUICA DO TRATADO INTERNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

SÃO JOÃO DEL-REI

2011

HELENA MARQUES DE CASTRO E COELHO

DA POSIÇÃO HIERÁRQUICA DO TRATADO INTERNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior "Pres. Tancredo de Almeida Neves" – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do Título de Graduado, sob a orientação da Profª Raquel Maria Vieira Braga

SÃO JOÃO DEL-REI

2011

HELENA MARQUES DE CASTRO E COELHO

DA POSIÇÃO HIERÁRQUICA DO TRATADO INTERNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior "Pres. Tancredo de Almeida Neves" – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do Título de Graduado.

COMISSÃO EXAMINADORA

Profª. Esp. Raquel Maria Vieira Braga

Prof. Msc. Antônio Américo de Campos Júnior

Prof. Msc. Gian Miler Brandão

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela iluminação e onipresença nesse difícil percurso.

Aos meus familiares pelo apoio constante, sobretudo, à minha mãe, que me legou o amor aos estudos, e à minha avó, por ser a todo instante paradigma de perseverança.

Aos professores do curso de Direito do IPTAN pelo suporte teórico.

Á minha orientadora, Raquel, paradigma de professora e de ser humano, pela incomensurável solicitude em conduzir os meus estudos no meu momento mais “desnorteado” e pela cautelosa orientação.

A Fredson, meu maior suporte, partícipe em todos os momentos, cuja contribuição foi imprescindível para a concretização deste trabalho;

A todos que colaboraram, meu muito obrigada.

RESUMO

Este trabalho visa examinar com que força normativa os tratados internacionais, principais fontes do direito internacional, adentram no ordenamento jurídico brasileiro, visto que concebemos a relevância desse direito no cenário contemporâneo e o modo significativo com que ele contribui para a manutenção da segurança e harmonia mundial. No entanto, diante das inúmeras controvérsias em torno dessa matéria, no que tange a definição da supremacia em caso de eventual colisão de normas internas e internacionais, pautaremo-nos em posicionamentos doutrinários antagônicos e em decisões jurisprudenciais recorrentes, buscando, sobretudo, reconhecer a relação dialética destes com o texto constitucional, no que versa à hierarquia do acordo externo. Dentro dessa perspectiva, analisaremos as teorias Dualista e Monista, nas quais os nossos doutrinadores mais balizados se apoiam. Para a concretização dessa pesquisa, entendemos que traçar, inicialmente, a evolução do direito das gentes, bem como identificar seu fundamento e fontes, contribui para a elucidação do tema proposto e, por conseguinte, possibilita a sua analogia com a legislação interna. Também se torna imprescindível discorrer sobre os tratados, uma vez que é, sobretudo, por meio deles que o direito externo passa a viger no âmbito doméstico. Assim, definir sua classificação, seus pressupostos de validade e processualística de entrada e retirada do ordenamento interno fornece subsídios para uma compreensão mais ampla e contextualizada de sua posição na escala hierárquica de normas.

Palavras-chave: Direito Interno; Direito Internacional; Hierarquia de normas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....07

1. DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO 09

1.1. Definição 09

1.2. Terminologia 10

1.3. História 11

1.4. Fundamento 14

1.5. Fontes 15

1.5.1. Tratados 16

1.5.2. Costumes 17

1.5.3. Princípios Gerais do Direito.....18

1.5.4. Meios auxiliares: decisões judiciais e doutrina 18

1.5.5. Equidade 19

2. DO DIREITO DOS TRATADOS 21

2.1. Noções Preliminares 21

2.2. Classificação 22

2.2.1. Quanto ao aspecto formal 23

2.2.2. Quanto ao aspecto material 23

2.3. Pressupostos de validade 24

2.4. Procedimentos de Formação 26

2.5. Extinção 31

3. DA POSIÇÃO HIERÁRQUICA DO TRATADO INTERNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 34

3.1. Posicionamentos 34

3.2. Hierarquia dos tratados que versam sobre direito comum 37

3.3. Tratados internacionais de matéria tributária 41

3.4. Tratados internacionais sobre direitos humanos 42

CONSIDERAÇÕES FINAIS 48

REFERÊNCIAS 51

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CTN	Código Tributário Nacional
CV/69	Convenção de Viena de 1969
DI	Direito Internacional
DIP	Direito Internacional Público
EC	Emenda Constitucional
inc.	inciso
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
ONU	Organização das Nações Unidas
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
SV	Súmula Vinculante

INTRODUÇÃO

A história nos mostra que mesmo antes da formação dos Estados modernos já existia uma preocupação quanto à defesa de territórios e, também, relações comerciais externas às fronteiras. O intercâmbio entre nações ou povos de diferentes regiões, de uma certa forma, existe desde tempos remotos, assim como mecanismos consuetudinários que regulamentam essa relação, embora nem sempre pautados por equidade e isonomia.

O Direito Internacional constitui, portanto, um dos ramos jurídicos mais antigos. No entanto, somente após a 2ª guerra mundial, quando surgiu a necessidade de imprimir maior segurança às relações interestatais e proteção ao ser humano, é que ele ganhou maior relevância. Hodiernamente, com o advento da globalização, essa inter-relação tem se acentuado, e, dentro dessa perspectiva, os tratados internacionais têm se multiplicado e diversificado cada vez mais. Isso porque vão ao encontro dos anseios de segurança e estabilidade almejados desde o pós-guerra. Esse mecanismo de regulamentação vem se sobressaindo diante das demais fontes do Direito Internacional, mesmo que a processualística de sua incorporação seja ainda um tanto burocrática.

A República Federativa do Brasil é parte em inúmeros tratados, que versam sobre as mais diversas matérias. Contudo, tanto a legislação pátria, quanto a doutrina e jurisprudência, ainda não resolveram definitivamente qual a posição hierárquica ocupada por este instituto no ordenamento interno. A matéria é bastante controvertida entre os estudiosos, uma vez que a Constituição Federal, que teria o condão de atribuir a força normativa do acordo internacional, faz-se ambígua. Ademais, no texto constitucional, não há um tratamento uniforme ao tratado, pois discorre de forma diferenciada sobre os que versam sobre Direitos Humanos. Logo, a questão se agrava quando ocorre antinomia entre normas internas e normas externas. Nesse sentido, os estudiosos do assunto, então, dividem-se quanto aos posicionamentos adotados. Alguns seguem a teoria dualista. Outros, a monista.

Diante das controvérsias que rondam tal matéria, surgiu o interesse em pesquisar os principais argumentos sustentados pelos defensores e rechaçados pelos opositores de cada corrente doutrinária, a fim de melhor entendê-los e, por

conseguinte, poder assumir um posicionamento diante do assunto, pautado em fundamentações consistentes e coerentes.

Assim, este estudo tem como escopo examinar a localização de tratados internacionais na pirâmide normativa do ordenamento jurídico brasileiro, operando dialeticamente com abordagens de doutrinadores, com decisões judiciais e com o próprio texto constitucional.

Para tanto se faz, inicialmente, uma explanação geral sobre o Direito Internacional e o Tratado Internacional, para dar sustentação teórica à pesquisa, por isso, no que tange à sua estruturação, o trabalho se apresenta em três capítulos. Primeiro se fará um delineamento histórico e conceitual acerca do Direito das gentes, bem como a apresentação de suas fontes e fundamento. Subsequentemente, no segundo capítulo, será feita uma descrição geral das fases de incorporação dos tratados no ordenamento doméstico, além de apresentar suas classificações e pressupostos de validade. Por fim, no capítulo seguinte, far-se-á uma abordagem das principais correntes adotadas, para, finalmente, analisar o posicionamento hierárquico dos tratados internacionais no direito interno.

1. DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

1.1 Definição

Os países e cidadãos têm interagido cada vez mais, intensificando, assim, o intercâmbio internacional. Pode-se, inclusive, dizer que o mundo contemporâneo contempla um entrelaçamento político, econômico e até cultural. Por isso, a presença do Direito Internacional Público, objeto deste estudo, tem sido constante das diversas matérias jurídicas.

Há muitas definições acerca desse direito. Algumas mais restritas, outras mais amplas. Boson (2000, p.61) as classifica em quatro tipos. Segundo Mello (2004, p.77) “A definição de um ramo da ciência jurídica pode variar de acordo com o critério que se tome como ponto de partida.”.

Tomemos, portanto, como base para o nosso trabalho, a quarta corrente apresentada por Boson (2000, p.63), por esta ser mais coerente ao contexto atual, por comungar com a doutrina majoritária e por acreditarmos que “[...] os sujeitos do Direito das gentes constituem o elemento essencial da definição do Direito internacional.” (KNUBBEN, *apud* BOSON, 2000, p.61). Ei-la: “O Direito Internacional figura como um conjunto de regras e princípios que regem as relações jurídicas internacionais, tanto dos Estados ou outras entidades análogas quanto dos homens.”

As correntes mais restritas, apresentadas por Boson, não concebem, simultaneamente, os três sujeitos supramencionados na ordem jurídica internacional. Parece-nos, por conseguinte, obsoletas ante a realidade atual.

Que o Direito Internacional Público rege as relações entre um Estado e outro é consenso geral. Afinal, relações comerciais, ou mesmo de guerra entre as civilizações, sempre existiram, e foi daí que surgiu tal direito. O Estado é, portanto, o sujeito por excelência do Direito Internacional Público. Nas palavras de Mello (2004, p.355) “É por sua iniciativa que surgiram outras pessoas internacionais”. É importante salientar, também, que este ente é dotado de capacidade plena na esfera judiciária internacional e, dentre os demais sujeitos, constitui o mais atuante.

Todavia, conceber hoje o Direito Internacional Público tão-somente interestatal não é possível. A atuação das Organizações Internacionais tem sido

extensa. Questões de fundamental importância e complexidade no cenário internacional são decididas pelas Organizações Internacionais, ou seja, por uma associação voluntária de Estados com finalidades comuns, que se reúnem para discuti-las e decidi-las. Trata-se de organismos com capacidade civil e personalidade jurídica própria de direito público externo. Haja vista a onipresença da ONU (Organização das Nações Unidas) na solução de conflitos, manutenção da paz, reconhecimento de Estados.

Não menos importante constitui a atuação do indivíduo no plano internacional, podendo atuar

> [...] tanto no polo ativo (peticionando para o tribunais internacionais) quanto no polo passivo (sendo responsabilizado internacionalmente por atos cometidos contra o direito internacional – veja-se o exemplo atual da competência do Tribunal Penal Internacional para o julgamento de tais indivíduos) [...] (MAZZUOLI, 2010, p. 15)

Sendo assim, o homem é, indubitavelmente, sujeito de direito e obrigações perante a ordem jurídica internacional.

Outro aspecto salutar são os fatores que determinam a existência do Direito Internacional Público, os quais os doutrinadores denominam de bases sociológicas, nas palavras de Mello (2004, p.78), quais sejam: pluralidade de Estados soberanos, comércio internacional e princípios jurídicos coincidentes.

1.2 Terminologia

As expressões Direito Internacional Público e Direito das Gentes atualmente possuem cargas semânticas idênticas – ambas já foram consagradas como sinônimas no ramo jurídico. Contudo, elas se divergem quanto ao sentido em que foram empregadas originalmente.

A denominação Direito das Gentes é de origem francesa – *droit des gens*. Também a associam a *jus gentium*, advinda do Direito Romano. Entretanto o sentido ora empregado não vislumbra o atual. Para Boson (2000, p. 65) tal expressão poderia ter várias significações, podendo inclusive designar Direito Natural. Já para Mello (2004, p.78) tratava-se tão-somente “[...] dos direitos e deveres em relação a Roma” e não em relação a Estados, como é concebida atualmente. Só mais tarde tal denominação ganhou esse significado.

Já a expressão Direito Internacional tem origem inglesa – *International Law*. O termo internacional, embora não regule as relações entre nações - cuja abrangência supera a noção de Estado - foi incorporado com o intuito de "[...] diferenciar o direito que cuida das relações entre Estados (*international law*) do direito nacional (*national law*) e do direito municipal (*municipal law*)." (MAZZUOLI, 2010, p. 12).

Como há o Direito Internacional que trata das questões entre Estados, Organizações Internacionais e indivíduos, e o que cuida da relação entre particulares, de conflitos de lei no tempo e no espaço, acrescentaram-se as expressões Público (para designar o primeiro) e Particular ou Privado (em referência ao segundo). É importante mencionar, ainda, que tais adjetivos não foram empregados unanimemente. Trata-se de uma tendência dos países de língua latina. Pinheiro (2001, p.89), no entanto, leciona que não há uma delimitação precisa entre o Direito Internacional Público e o Privado, uma vez que "a área de interseção desses dois ramos do Direito tornou-se mais abrangente com o advento da Constituição de 1988".

Por fim, vale ressaltar a lição de Mello (p.80): "A denominação direito internacional não é correta, mas não vemos nenhum inconveniente em mantê-la, uma vez que está consagrada, desde que guardemos restrição [...]".

1.3 História

A atuação do Direito Internacional Público, nesta era globalizada, é de indiscutível relevância e tamanha imprescindibilidade que nos parece que este ramo do Direito é inerente à origem das sociedades.

No entanto a história nos mostra que o paradigma de Direito Internacional Público, tal qual o concebemos atualmente, ou seja, como instrumento de resolução de conflitos e manutenção da paz entre os Estados, nem sempre existiu. Traçar o percurso desse paradigma tem sido desafio para muitos estudiosos da área, e tem havido muitas divergências entre eles, sobretudo no que tange ao surgimento do Direito Internacional Público.

Boson (2000, p.31) assinala a existência de um tratado entre cidades-Estados por volta de 3100 a.C. O autor ainda menciona haver invocação de documentos no Egito, em 1291 a.C., que poderiam ser entendidos como tratados,

uma vez que tentavam disciplinar a paz entre dois reinos. Cita também Roma, que na época de sua expansão instituiu leis que tratavam das relações jurídicas entre estrangeiros. Entretanto, tais leis sempre beneficiavam os romanos.

Por outro lado, Mazzuoli (2010, p. 11) acredita que

> [...] não existia um direito propriamente internacional entre nações estrangeiras nesse período (Antiguidade), porque não existiam regras de conduta comuns entre tais nações, nem sequer igualdade jurídica entre elas.

A visão de Mello (2004, p. 52) parece-nos mais plausível. Para ele:

> A sociedade internacional existe assim desde a mais remota Antiguidade, evidentemente que com características diferentes das que apresentamos atualmente. Estas características diversas não impedem a sua existência, porque o Direito e a sociedade variam com a época histórica sem que esta 'variação' importe na sua negação.

Percebe-se, portanto, que sempre houve certas regras que regiam a relação entre as sociedades e o seu exterior, o que para a época constituía uma forma de Direito Internacional Público, mesmo que tais regras fossem não escritas, consuetudinárias.

Também na Idade Média, embora não existisse a noção de Estado propriamente dito, alguns fatos demarcam a existência de um Direito que se assemelha ao Direito Internacional Público, tais como as alianças entre os senhores feudais, as convenções sobre navegações, o respeito aos estrangeiros e a definição de regras bélicas. Nessa época, no entanto, a resolução de conflitos ainda não se primava pelo Princípio da Isonomia.

O fim da Idade Média e o limiar da Moderna foram palcos de grandes transformações, que contribuíram para a evolução do Direito Internacional Público, como a queda do Feudalismo e da Supremacia da Igreja. A partir de então, começou a surgir uma concepção de igualdade entre as sociedades.

Tal concepção se solidificou a partir do Tratado de Paz de Westfália, em 1648, o qual "colocou fim à Guerra dos Trinta Anos, conflito religioso envolvendo soberanos católicos e protestantes" (MAZZUOLI, 2010, p.11). Muitos autores comungam do entendimento de que este seria o marco inicial do Direito Internacional Público, por já possuir características que prevalecem atualmente. Mazzuoli (2010, p.12) justifica:

> Antes dos tratados de Westfália não existia uma sociedade internacional com poder para sujeitar os Estados ao cumprimento de suas regras de conduta. [...] Além disso, esse fato histórico teve grande importância internacional por marcar o surgimento do que hoje conhecemos por Estado moderno, que a partir desse momento passou a tornar-se o ator mais importante do direito internacional.

Para Boson (2000, p.37) os Tratados de Westfália

> Assinalam o amadurecimento das ideias que solaparam o medievalismo continental, negam, definitivamente, a supremacia do Império e da Igreja e revelam a consciência geral de uma comunidade de Estados, que se reconhecem como iguais que podem estabelecer, livremente, o seu estatuto políticos, contanto que dentro dos princípios ali estipulados.

A partir de então passou a haver uma organização jurídica interna e também externa, pautada pelo respeito aos tratados firmados, à primazia e à igualdade dos Estados, e pela solução pacífica de conflitos. Vale, ainda, ressaltar que os Tratados de Westfália tiveram como fundamento as teorias do jurista Hugo Grotius, considerado, assim, um dos fundadores do Direito Internacional Público. Accioly (2000, p. 5), inclusive, afirma que “só se pode falar em direito internacional a partir dos tratados de Westfália ou da obra de Hugo Grotius”.

Posteriormente, com a Revolução Francesa, no século XVIII, novas ideias foram disseminadas, enfatizando o conceito de nacionalidade, fazendo evoluir a noção de Direito Internacional e fortalecendo a sua base igualitária e de justiça.

Outro marco significativo para a consolidação do Direito Internacional Público foi o Congresso de Viena, em 1815, onde foram estipuladas normas que dispunham sobre a proibição do tráfico de negros, a navegação dos rios internacionais e ao reconhecimento e garantia da neutralidade perpétua da Suíça.

É importante mencionar ainda que a Revolução Industrial também foi um fato propulsor ao Direito Internacional Público, na medida que desenvolveu o mercado econômico, tanto interna quanto externamente.

Percebe-se que o Direito Internacional Público teve uma evolução ao longo dos tempos. No entanto, foi no século XX que ele ganhou maior impulso. As duas grandes guerras foram acontecimentos históricos fundamentais para a consolidação desse direito. A partir delas multiplicaram-se as alianças em prol da paz mundial e foram firmados tratados sobre os mais diversos assuntos. Nesse período foram criadas as organizações internacionais intergovernamentais, tais como Sociedade Geral das Nações (SDN) e Organização das Nações Unidas

(ONU), revestidas de segurança jurídica e com intuito de zelar pela relação pacífica entre os Estados. Atualmente o número dessas organizações internacionais se prolifera, e elas têm tratado das mais diversas matérias do mundo contemporâneo.

Por fim, é imperioso destacar que o Direito das Gentes ainda está sobre o prisma de transformações, pois não está totalmente solidificado. Isso se dá porque, embora haja muitos tratados, não há uma codificação desse direito e a doutrina é unânime em acreditar que isso está longe de acontecer. Contudo, alguns acreditam que efetuar uma codificação em âmbito universal, que satisfaça os interesses de todos os Estados de forma isonômica, constitui uma utopia incompatível com a realidade egocêntrica das nações. Para outros, trata-se de uma necessidade vital para a consolidação do Direito Internacional Público.

Apesar de reconhecermos sua dificuldade, acreditamos que a codificação deva e possa acontecer, desde que todos os sujeitos do Direito Internacional Público - Estados, Organizações Internacionais e indivíduos – voltem-se para o objetivo único: a harmonia mundial. Sabemos que para isso acontecer um sistema jurídico organizado é fundamental.

1.4 Fundamento

Fundamento do Direito Internacional diz respeito à origem de sua obrigatoriedade, ou seja, o que faz com que um Estado se submeta à ordem jurídica internacional.

Há várias correntes doutrinárias que tentam explanar tal fundamento, no entanto duas são tradicionalmente difundidas: a voluntarista e a objetivista.

Para a teoria voluntarista, como o nome já diz, a obrigatoriedade do Direito Internacional advém de uma ação voluntária dos Estados de se submeterem a regras internacionais, seja por meio de celebração de contratos, seja pela aceitação tácita de um costume, conforme ensina Mazzuoli (2010, p. 22). Sendo assim, é o Estado que consente com a obrigatoriedade do Direito Internacional.

Para a corrente objetivista, a obrigatoriedade do Direito Internacional transcende a vontade dos Estados. Nas palavras de Mazzuoli (2010, p. 23):

> [...] advém da existência de princípios e normas superiores aos do ordenamento jurídico estatal, uma vez que a sobrevivência da sociedade internacional depende de valores superiores que devem ter prevalência sobre os interesses meramente domésticos dos Estados.

Contudo, ambas têm contraposições. Os opositores da primeira afirmam que se não existe obrigação, não existe responsabilidade, e assim o sistema jurídico estaria totalmente vulnerável, uma vez que os Estados poderiam se desvincular dos compromissos firmados conforme lhes conviesse. A refutação da segunda corrente se faz com base no Princípio da Soberania do Estado.

Os doutrinadores modernos, como Rezek (2006, p. 3), têm sustentado uma terceira corrente, qual seja, o princípio *Pacta Sunt Servanda*, que postula que o que foi pactuado deve ser cumprido. Seus defensores argumentam que os Estados têm autonomia para celebrar tratados internacionais, mas à medida que o fazem, comprometem-se a acatar suas decisões, mesmo que estas lhes sejam contrárias no futuro.

Embora também haja contra-argumentos acerca dessa corrente – como sustenta Mello (2004, p.192) quem advoga que ela não explica a obrigatoriedade do costume – parece-nos a melhor concepção para o fundamento do Direito Internacional, na medida que privilegia o consentimento, a autonomia e, simultaneamente, assegura a estabilidade jurídica.

1.5 Fontes

Mello (2004, p.203), citando Norberto Bobbio, apresenta uma definição precisa de fontes: “São fontes do direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a idoneidade ou a capacidade de produzir norma jurídica.” Para Accioly (2000, p. 19) as fontes do Direito Internacional são “os modos formais de constatação do direito internacional”.

Os doutrinadores classificam tais fontes em materiais e formais. As primeiras correspondem aos fatos históricos, culturais e sociais que ensejam o surgimento das segundas. Estas, portanto, é que constituem objeto do Direito por tratarem-se de regras propriamente ditas. Boson (2000, p.184) as denomina de *modos de manifestação da regra jurídica*. São às fontes formais a que nos focaremos.

O enunciado das fontes formais do Direito Internacional encontra-se enumerado no art.38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça – “primeiro tribunal vocacionado para resolver litígios entre Estados sem qualquer limitação de ordem geográfica”, nas palavras de Rezek (2006, p. 9).

Mazzuoli (2010, p. 27) cita o artigo, *in verbis*, o qual estipula:

> 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:
> a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
> b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
> c) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
> d) sob ressalva da disposição do art. 59 [*verbis*: 'A decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão'], as decisões judiciárias e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.
> 2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem.

Percebe-se, assim, que o estatuto além de estabelecer os tratados, costumes e princípios gerais do direito como fontes, faz referência à jurisprudência dos tribunais internacionais e à doutrina como fontes auxiliares, e ainda faculta à Corte usar a equidade.

Alguns doutrinadores, no entanto, afirmam que esse rol é meramente exemplificativo, uma vez que existem outras normas de direito internacional consentidas pelas partes, quais sejam: atos unilaterais e decisões das organizações internacionais.

É importante ressaltar, ainda, que não há evidência de hierarquia entre as fontes elencadas no estatuto. Nota-se que é facultada à Corte a aplicação da fonte que se adequar melhor ao caso concreto *sob judice*. Todavia, segundo Mazzuoli (2010, p.28),

> Na prática, entretanto, os tribunais internacionais têm outorgado preferência às disposições convencionais específicas de caráter obrigatório, vigentes entre as partes, sobre as normas de direito internacional costumeiro e sobre os princípios gerais de direito internacional.

Finalmente faremos uma descrição sucinta das fontes supracitadas.

1.5.1 Tratados

Segundo Rezek (2006, p. 14), “Tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”.

Os doutrinadores contemporâneos veem o tratado como a fonte mais importante do Direito Internacional. Isso se dá por ele atribuir maior segurança jurídica aos países signatários, na medida em que sua celebração e extinção demandam certas formalidades, e, também, por tratar-se de uma fonte mais democrática, por haver a participação direta dos Estados ou das Organizações Internacionais na sua elaboração. É notória a multiplicação de tratados no cenário internacional atual.

O estudo dos Tratados Internacionais será feito de forma mais detalhada no segundo capítulo deste trabalho.

1.5.2 Costumes

A definição de costume é feita no próprio art. 38 do estatuto da Corte Internacional de Justiça, ou seja, “uma prática geral aceita como sendo de direito”.

O costume constitui a fonte originária do Direito Internacional. Trata-se de uma forma de Direito não-escrito que sempre se fez presente entre as sociedades. No Direito Internacional, o uso dessa fonte ainda é recorrente pela dificuldade de se codificar tal Direito. Entretanto, o próprio estatuto impõe a condicional de que o costume, para ter eficácia jurídica, deve ser uma regra – positiva ou negativa – de uso reiterado e reconhecida como de direito.

Os doutrinadores atribuem a essa condição dois elementos imprescindíveis ao costume, os quais os denominam de elemento material e elemento subjetivo ou psicológico. Aquele se refere à pratica reiterada e este seria a aceitação (*opinio juris vel necessitatis*).

Outra característica desta fonte é que ela não tem caráter democrático. Tendo ampla aceitação, suas regras poderão ser estendidas àqueles Estados que não as aderiram, uma vez que têm eficácia *erga omnes*. Tal fato é visto para alguns doutrinadores como benéfico ao direito internacional. O argumento é que o costume “[...] será invocado para obrigar os Estados que não ratificarem convenções que tiverem ampla aceitação” (MELLO, 2004, p.292). Não raro são vistas intervenções das Organizações Internacionais e de outros Estados na defesa dos Direitos

Humanos contra Estados. Isso acontece sobretudo do Oriente Médio, quando estão na iminência de cometerem atrocidades com sua população em nome de uma lei interna.

Conforme já mencionamos, não há hierarquia entre tratado e costume, mas por este não estar revestido da estabilidade e certeza que são atribuídas àquele, há uma tendência de se codificar o costume.

1.5.3 Princípios Gerais do Direito

Os Princípios Gerais do Direito constituem a terceira fonte enumerada no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Trata-se de uma fonte utilizada quando há lacuna no DI, ou seja, quando determinado fato não se encontra positivado por tratados e nem constitui uma regra consuetudinária, o tribunal internacional o julgaria com base nos Princípios Gerais do Direito. Tais princípios podem ser identificados nos ordenamentos internos dos Estados, desde que vários países os adotem como norma. Mazzuoli (2010, p.31) assinala que

> [...] os princípios gerais de direito internacional são princípios consagrados nos sistemas jurídicos dos Estados, ainda que não sejam aceitos por todos os sistemas jurídicos estatais, bastando que um número suficiente de Estados os consagrem.

A doutrina tem afirmado que, atualmente, o uso dos Princípios Gerais do Direito tem sido reduzido, na medida “[...] que o grande número de normas deles derivadas já se encontram codificadas em tratados internacionais ou fazendo parte do direito costumeiro.” (MAZZUOLI, 2010, p. 31).

O estatuto menciona, ainda, que os princípios devem ser “reconhecidos pelas nações civilizadas”. A expressão “*nações civilizadas*” tem sido alvo de críticas doutrinárias, tendo em vista o princípio da isonomia entre os Estados. Alguns, como Rezek (2006, p. 133), argumentam que a expressão seria em contraposição a comunidades primitivas que não teriam um ordenamento jurídico. Dessa concepção, abstrai-se, portanto, que, na atualidade, todos os Estados propriamente ditos constituem nações civilizadas, por conseguinte, capazes de estabelecer princípios ao Direito Internacional.

Por outro lado, Mello (2004, p.316) defende a tese de que a expressão constitui reminiscência da época em que as nações europeias manipulavam, monopolizavam o Direito. O fato é que tal expressão tornou-se hoje obsoleta, uma

vez que os tribunais internacionais analisam a ampla ocorrência do princípio em quaisquer que sejam os Estados.

1.5.4 Meios auxiliares: decisões judiciárias e doutrina

Os estudiosos reconhecem a legitimidade da jurisprudência e da doutrina como “meios auxiliares para determinação de regras no direito” internacional, a até para a interpretação de suas normas. Todavia salientam não se tratarem de fontes propriamente ditas, uma vez que juiz e doutrinador não legislam. O uso desses meios ocorre quando há alguma imperfeição na regra de direito, seja por obscuridade, inconsistência ou ambiguidade, conforme ensina Resek (2006, p.142).

Quanto à Jurisprudência internacional, Mazzuoli (2010, p. 33) a define de forma clara:

> A expressão *jurisprudência*, na atualidade, significa a reiterada e constante manifestação do judiciário, no mesmo sentido, acerca de um mesmo assunto, dando sempre a mesma solução, ou seja, representa uma sequência de decisões ou julgamentos, sempre no mesmo sentido, dando a cada caso semelhante a mesma solução.

Essas decisões reiteradas, no entanto, das quais se aproveitam os tribunais, dizem respeito a decisões no cenário internacional, ou seja, proferidas pelas cortes internacionais, e não no plano doméstico. Quanto ao tribunal julgador, embora se atribua vasta autoridade às decisões da Corte Internacional de Justiça, também decisões, anteriores à sua criação, que já vêm sendo proferidas ao longo do tempo, podem servir de diretrizes ao julgador. Vale, ainda, ressaltar que o uso contínuo de certa jurisprudência pode tornar-se, com o passar do tempo, regra consuetudinária, e, *a posteriori*, regra positivada por meio de tratado.

Quanto ao emprego da doutrina na solução de litígios internacionais, a CIJ a condiciona a ser “dos juristas mais qualificados das diferentes nações”, o que atribui igualdade entre os Estados. Há atualmente a tendência de se levar em conta a generalidade da interpretação doutrinária e os trabalhos de institutos de pesquisa de Direito Internacional. Os estudiosos atribuem à doutrina “[...] grande contribuição ao desenvolvimento do Direito Internacional” (MELLO, 2004, p. 327), apesar de reconhecerem que ela tem sido menos utilizada nos tribunais contemporâneos.

1.5.5 Equidade

O Estatuto da Corte Internacional de Justiça, ainda no art. 38, que trata das fontes do Direito Internacional, faculta à Corte o uso da equidade (*ex dequo et bono*) no deslinde de conflitos, desde que haja consentimento das partes envolvidas.

Mello (2004, 330), citando Rousseau, apresenta a definição de equidade: “ [...] aplicação dos princípios da justiça a um determinado caso”. Ou seja, havendo uma norma de direito aplicável a um caso concreto *sob judice*, mas que o juiz a considere iníqua ou injusta àquele caso, ele poderá julgá-lo de acordo com seu senso de justiça. O mesmo autor enfatiza não tratar-se de uma fonte de direito, por, assim como a doutrina e jurisprudência, não criar o direito.

Por fim, é importante salientar que a equidade é pouco utilizada nos tribunais internacionais, isso porque os princípios equitativos já têm sido norteadores das demais fontes do Direito Internacional.

2. DO DIREITO DOS TRATADOS

2.1 Noções Preliminares

Considerando o crescente enfoque ao Direito Internacional na contemporaneidade e a sua onipresença em diversos ramos jurídicos, haja vista a evolução das relações interestatais, torna-se de indiscutível relevância, para a concretização do trabalho ora proposto, o estudo dos Tratados Internacionais, os quais constituem a principal fonte de tal Direito. A relevância desse instituto, aqui, se faz por ser, sobretudo, por meio dele que o Direito Internacional é incorporado ao Direito Interno.

Embora não haja hierarquia entre as fontes do Direito Internacional, elencadas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, há uma tendência à positivação de suas regras consuetudinárias, a fim de se dar mais segurança e estabilidade ao direito das gentes. Sendo assim, os costumes vêm sendo disciplinados nos Tratados Internacionais.

Os Tratados Internacionais, de uma certa forma, existem desde os tempos mais remotos, conforme já foi mencionado, mas nem sempre dotados de regulamentação jurídica. O mais antigo, apontado pelos estudiosos, é, segundo Mazzuoli (2011, p. 164), entre Hattusil III (rei dos Hititas) e Ramsés II (faraó egípcio) por volta de 1280 a.C. Contudo, foi a partir do século XIX, com o liberalismo econômico e político, que eles começaram a ganhar maior proporção. No século XX, após as duas grandes guerras mundiais, surgiu a necessidade de se criar regras que detivessem a repetição das atrocidades cometidas e sedimentassem o período de paz, e também que regulassem as relações externas.

Para regulamentar o processo de formação desse instituto foi elaborado primeiramente um documento, no continente americano, em 1928, denominado Tratado de Havana que impunha regras acerca da celebração de tratados, mas com valor jurídico somente na América e de forma muito restrita. A partir de 1945, com a criação da ONU, começou-se a pensar na elaboração de um documento que disciplinasse as relações contratuais e alcançasse âmbito global. Foi então que se celebrou em 1969 a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

O Brasil participou dessa convenção e, a partir daí, sempre se pautou pelas regras nela vigentes, embora sua ratificação só tenha ocorrido em 2009.

Esse documento em seu artigo 2º (que trata das expressões empregadas), no §1º, a, traz a definição de tratado como:

> Tratado significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.

Mazzuoli (2010, p. 46) faz um desmembramento detalhado desse conceito. Para o autor extraem-se daí premissas fundamentais como: livre consentimento entre as partes (acordo); formalidade na celebração, por não poder ser verbal (celebrado sempre por escrito); negociação entre Estados soberanos (assunto sobre o qual trataremos mais adiante); regras do direito interno não regulam tratados; o texto principal pode vir acompanhado de adicionais e anexos; e por fim, se o acordo entre os Estados apresentar o conteúdo e a forma de um tratado, a denominação dada a esse acordo torna-se irrelevante. Isso porque tal instrumento tem recebido variantes terminológicas diversas. Alguns estudiosos fazem distinções lexicais entre as terminologias empregadas. Para Allemão (2011, p. 2) “tratado é gênero no qual se incluem: convenções, pactos, cartas e demais acordos internacionais”. No entanto, muitos doutrinadores admitem o seu uso aleatório na prática. Conforme sintetiza Rezek (2006, p.14) “o que a realidade nos mostra é o uso livre, indiscriminado, e muitas vezes ilógico, nos termos variantes[...]”.

Por isso, neste trabalho, tomaremos como sinônimos de tratados outras expressões empregadas, haja vista a Convenção de Viena e a CF/88 não fazerem distinção entre as nomenclaturas.

2.2 Classificação

Não há uma unidade doutrinária no que concerne à classificação dos tratados internacionais, podendo estes serem estudado sob diversos parâmetros. Embora a Convenção de Viena de 1969 tenha sido “cautelosa ao não se utilizar de nenhuma classificação sistemática dos tratados, tendo se limitado a fazer algumas poucas distinções de alcance restrito” (MAZZUOLI, 2011, p. 188), os doutrinadores têm utilizado várias classificações,

Neste trabalho nos ateremos às classificações mais recorrentes entre os estudiosos, quais sejam: quanto ao aspecto formal: número de partes contratantes e procedimento para conclusão; e quanto ao aspecto material: natureza jurídica, execução no tempo e possibilidade de adesão. Cabe, aqui, mencionar que, apesar de haver essa classificação sistemática, doutrinária, não raro um único tratado apresente características que o enquadre em categorias paradoxais, sobretudo no que se refere ao aspecto material, já que o formal possui distinções mais definidas.

2.2.1 Quanto ao aspecto formal

Levando em conta a quantidade de partes contratantes, há uma classificação que divide os tratados em bilaterais (ou particulares) e multilaterais (ou coletivos). Os primeiros são aqueles celebrados entre duas partes, que podem ser Estado e Estado, Estado e Organização Internacional, ou Organização Internacional e Organização Internacional (mesmo que esta seja composta por vários Estados). Quando há três ou mais partes envolvidas trata-se de Tratado Multilateral.

Uma segunda divisão considera o tipo de procedimento adotado para a conclusão do Tratado. Há a forma simples ou unifásica, em que a manifestação de vontade é concluída com a mera assinatura do acordo (ou troca de notas). Portela *apud* Santana (2011, p. 36) observa que “[...] usualmente este tipo de tratado é utilizado para dar executividade a outro tratado de escopo mais amplo e age como um ajuste complementar que não acarretará a assunção de novos compromissos.”. E há, também, a forma solene ou bifásica, em que, além da assinatura, é necessária a ratificação para produzir efeitos.

2.2.2 Quanto ao aspecto material

No tocante à natureza jurídica dos tratados internacionais, a doutrina os tem classificado em Tratados-lei e Tratados-contrato. Aqueles fixam as normas objetivas e gerais de Direito Internacional, são geralmente multilaterais e abertos, ou seja, admitem possibilidade de adesão. Pinheiro (2001, p. 107) os define com “aqueles que introduzem novas regras no relacionamento entre os países contratantes”. A Carta da Organização das Nações Unidas e a própria Convenção de Viena de 1969 constituem exemplos típicos desse tipo de tratado. Já os

Tratados-contrato regulam interesse específicos dos entes contratantes e, assim, produzem efeitos subjetivos, como os tratados comerciais. É importante ressaltar que há muitas críticas e divergências acerca dessa classificação. Para Mello (2004, p.220) essa divisão "[...] é difícil de ser feita em caso concreto, uma vez que os tratados contêm geralmente dispositivos 'legislativos' e 'contratuais' ao mesmo tempo". Kelsen *apud* Rezek (2006, p.29) "aponta como pleonasmo a expressão tratados normativos", uma vez que qualquer tratado traz, mesmo que de forma subentendida, elementos normatizadores. Por fim, Mazzuoli (2011, p. 195) afirma que

> [...] alguns autores chegam mesmo a afirmar que só os tratados-lei constituem fonte formal do Direito Internacional Público, posto serem a forma mais evoluída de determinação das normas jurídicas internacionais.

Comungamos com Kelsen no que diz respeito ao aspecto linguístico, e com os doutrinadores supramencionados acerca da prática jurídica.

Outra classificação, que tem sido muito proposta, diz respeito à execução no tempo do tratado, que podem ser transitórios ou permanentes. Embora tal nomenclatura pareça incoerente, os transitórios regulam situações jurídicas permanentes, definitivas, mas com execução imediata, instantânea, que não se prolonga no tempo, e é aí que reside sua transitoriedade. Como exemplo, pode-se citar tratados que dispõem sobre limites territoriais. Os Tratados permanentes, por sua vez, regulam situações jurídicas dinâmicas, cuja execução se prolonga pelo tempo, não se constituindo de forma instantânea. Mazzuoli (2011, p. 194) esclarece

> Essa classificação diz respeito à execução dos tratados e não aos seus efeitos. Tais efeitos, ainda que possam perdurar no tempo, por prazo indeterminado, como nos casos de tratados de cessão de territórios ou de demarcação de fronteiras, não tiram do instrumento o seu caráter de transitoriedade, pelo fato de sua execução ser consumada no instante exato de sua conclusão.

Ainda no aspecto material, os tratados podem ser abertos ou fechados, de acordo com a possibilidade de adesão posterior à negociação. Os abertos que possuem cláusula de adesão e se subdividem em limitados (número certo de participantes, como Mercosul) e ilimitados (todos os Estados poderão aderir ao tratado, como os que versam sobre Direitos Humanos), conforme ensina Mazzuoli (2010, p. 53). Os tratados fechados, por sua vez, são restritos aos Estados que participaram da negociação.

2.3 Pressupostos de validade

Para que o tratado internacional entre em vigor e produza efeitos jurídicos no cenário internacional, são necessários alguns requisitos imprescindíveis, sem os quais o tratado pode ser invalidado. São estes: a capacidade das partes contratantes, a habilitação dos agentes signatários, o objeto lícito e possível e, por fim, o consentimento mútuo. Os doutrinadores comungam do entendimento de que, se algum dos requisitos não estiver presente, o tratado poderá ser invalidado, não produzindo efeito legal algum.

O artigo 6º da Convenção de Viena de 1969 regulamenta que “Todo Estado tem capacidade para concluir tratados”. Entretanto, a Convenção de Viena de 1986 atribuiu também tais poderes às Organizações Internacionais, permitindo-lhes celebrar tratados entre si e com os Estados, porém de forma mais limitada. Entende-se, assim, que são esses – Estados e Organizações Internacionais - os entes dotados de capacidade jurídica para a celebração de tratados internacionais. A esse rol a doutrina entende pertencer, ainda, as coletividades equiparadas a Estados, como a Santa Sé.

Mello (2004, p. 214-215) afirma que Estados não independentes, como a Palestina, podem firmar tratados em certos casos especiais. O autor ainda esclarece que a capacidade de membros de uma federação assinar acordos de forma autônoma é definida pela Constituição de cada país, embora tal prática seja rara. No Brasil, a nossa Carta Magna de 1988 veda que seus entes federados tenham direito à convenção, uma vez que todo acordo deve, obrigatoriamente, passar pelo crivo do Poder Executivo Federal e pelo Congresso Nacional (CF/88, art. 84, inc.VIII).

O segundo requisito, ou seja, a habilitação dos agentes signatários, encontra-se positivado no artigo 7 da Convenção de Viena. Os chefes de Estados têm capacidade originária para a celebração de contratos internacionais. Contudo, devido à multiplicidade de negociações e à diversidade de funções exercidas por esses agentes, torna-se inviável que eles exerçam de forma exclusiva tal capacidade. Assim, eles podem delegar essa competência privativa (CF/88, art. 84, inc. VIII) a representantes, denominados plenipotenciários, por meio de um instrumento jurídico chamado carta de plenos poderes. A elaboração do instrumento é feita pela Divisão de Atos Internacionais do Itamaraty, mediante pedido formal do

Presidente da República, segundo Mazzuoli (2010, p. 56). Os Ministros das Relações Exteriores, os chefes de Missão Diplomática podem, no entanto, assinar ou negociar tratados – tão-somente entre Estados – sem a apresentação de tal documento, desde que no exercício de suas funções. Eles possuem capacidade derivada. Já para os diplomatas ou outros servidores o instrumento é imprescindível.

Os plenipotenciários são os responsáveis pela maioria das negociações internacionais ocorridas na atualidade. No entanto, eles não têm legitimidade para ratificar o tratado, o que é competência exclusiva do chefe do Poder Executivo. Para Mello (2004, p. 217), a maior importância de se poder delegar essa função resiste em "[...] evitar que os tratados obriguem imediatamente os Estados, como ocorreria se o tratado fosse assinado diretamente pelo chefe de Estado, uma vez que estaria dispensada a ratificação". É imperioso lembrar, ainda, que a Convenção de Viena, excepcionalmente, reconhece a existência de tratados sem ratificação (tratados unifásicos, como já mencionado).

Os agentes signatários das Organizações Internacionais, por sua vez, são o secretário-geral (cujos poderes, nesse aspecto, equivalem ao do chefe de Estado) e seus altos funcionários.

Outra condição fundamental para a validade dos tratados é quanto ao seu objeto, que deve ser lícito e possível. A licitude remete ao respeito, à conformidade com as normas imperativas do Direito Internacional. O objeto possível relaciona-se à possibilidade jurídica de sua concretização. Ele deverá ser possível tanto formal quanto materialmente.

Por fim, deve haver a manifestação livre e mútua do consentimento. A autonomia da vontade – em todas as fases – é condição basilar para a celebração de acordos internacionais. Se o tratado não estiver isento de vícios de consentimento ele não produzirá efeitos jurídicos para a parte que não o consentiu livremente. Como anota Mello (2004, p.28), viciam os tratados: o erro, o dolo, a coação e a corrupção do representante do Estado. Além disso, conforme já mencionado no primeiro capítulo, por haver a participação direta dos Estados e Organizações Internacionais na elaboração dos tratados, torna-o uma fonte democrática, e, por isso, essa participação deve ser uma opção voluntária.

2.4 Procedimentos de Formação

Para que um tratado internacional tenha existência no ordenamento jurídico, há que se passar por certas fases, algumas de ordem externa e outras de ordem interna. Tais fases são reguladas, respectivamente, pela Convenção de Viena de 1969 e por constituições federais ou leis domésticas, de acordo com a disposição legal de cada país. No Brasil é a Constituição Federal que disciplina a processualística do acordo internacional.

Como qualquer contrato, o tratado internacional inicia-se com a negociação entre as partes, cuja competência é do órgão do Poder Executivo, embora possa ser delegada, conforme vimos anteriormente. Trata-se de uma fase internacional. Não há, aí, uma forma rígida a ser seguida. Contudo, deve se pautar sempre pelo princípio da boa-fé. Philip Allott, citado por Mello (2004, p.226), define a negociação como "[...] um processo para encontrar uma terceira coisa que nenhuma parte quer, mas que ambas as partes podem aceitar." Nessa fase forma-se a estrutura do tratado. As partes discutem, acordam.

Uma vez concluída a negociação, é elaborado um texto escrito que, ao final, para ganhar legitimidade, necessita de que se confirme a aceitação do que foi pactuado. Inicia-se, aí, a fase da assinatura, que é a autenticação do texto acordado. Esta também é de competência do Poder Executivo, que, como já mencionado, pode fazê-la de forma direta ou por meio dos plenipotenciários.

Os tratados de forma simplificada encerram-se com a assinatura. Já os complexos – tratados stricto sensu - percorrem um caminho além daí. Para estes a assinatura é "apenas o aceite precário e provisório ao tratado, não acarretando efeitos jurídicos vinculantes", nas palavras de Mazzuoli (2010, p. 55), pois, para isso, necessitam, ainda, da ratificação. Contudo, a importância dessa fase encontra-se no fato de encerrar o processo internacional, uma vez que, a partir de então, o instrumento passa a ser analisado sob a ótica interna.

Mazzuoli (2010, p. 56) salienta, ainda, que "deste momento em diante, ficam proibidas quaisquer alterações no texto do acordo firmado", salvo no caso de tratados multilaterais, pelos institutos da reserva e da emenda, ambos disciplinados pelos artigos 19 e 40, respectivamente, da Convenção de Viena, e desde que consentidos pelos contratantes. O primeiro instituto, embora não muito utilizado, refere-se à declaração de vontade de um Estado contratante em eximir-se de certas obrigações previstas no contrato. Essa manifestação pode ser feita no momento da

assinatura, da ratificação ou adesão, e, ainda, quando o Congresso Nacional aprecia o documento. No entanto, a Convenção de Viena (artigo 19) estabelece limites rígidos para a existência da reserva, vedando-a quando sua matéria for incompatível com a do tratado, quando este proibir expressamente qualquer tipo de reserva ou houver cláusula estipulando, especificamente, a proibição da reserva proposta. A emenda, por sua vez, trata-se de nova negociação, mudança no texto do tratado, portanto é feita tão-somente pelo Executivo, visto que só este poder tem competência para negociar tratado. Contudo, não fica isenta do referendo congressual. A Convenção de Viena permite a duplicidade de regimes jurídicos em um mesmo tratado, desde que estes não sejam incompatíveis entre si.

Visto que a entrada em vigor do compromisso firmado no ordenamento jurídico interno varia de país para país, nos restringiremos, neste estudo, à sua incorporação no ordenamento pátrio.

A Constituição Federal de 1988, no que tange à processualística dos tratados internacionais, consagra o sistema de freios e contrapesos – criado a partir da revolução francesa, o qual fundamenta o Estado Democrático – haja vista que divide a prerrogativa de apreciação de um tratado entre o Poder Legislativo e o Executivo. Isso porque para o tratado chegar à sua fase final, necessita, obrigatoriamente, passar pelo referendo congressual, conforme preceitua nossa Carta Magna, em seu artigo 49, inciso I, *in verbis*:

> É de competência exclusiva do Congresso Nacional:
> I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretam encargos ou compromisso gravosos ao patrimônio nacional.

Para Piovesan (2006, p. 80), ao “atribuir o poder de celebrar tratados ao Presidente, mas apenas mediante referendo do Legislativo, busca-se limitar e descentralizar o poder de clebrar tratados, prevenindo o abuso desse poder”.

Rezek (2006, p. 65) expõe de forma didática como o tratado chega ao Congresso Nacional:

> A remessa de todo tratado ao Congresso Nacional para que o examine e, se assim julgar conveniente, aprove, faz-se por mensagem do presidente da República, acompanhada do inteiro teor do projetado compromisso, e da exposição de motivos que a ele, presidente, terá endereçado o ministro das Relações Exteriores.

A partir de então, o Congresso Nacional fará a análise da matéria acordada. Primeiramente passa-se pelo crivo da Câmara dos Deputados, onde há o Plenário, com a leitura da exposição dos motivos, do parecer da Comissão das Relações Exteriores e da análise de sua constitucionalidade. Para tratados que versem sobre Direitos Humanos, é necessário o quórum especial de três quintos dos membros, em dois turnos de votação, pois, conforme artigo 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988, os mesmos têm força de Emenda Constitucional. Outros assuntos, por sua vez, necessitam apenas da maioria simples para aprovação, mas presente a maioria absoluta.

Uma vez reprovado, será comunicado o ato ao Executivo, que não poderá ratificá-lo, encerrando-se, assim, o percurso do tratado.

Por outro lado, se aprovado, será submetido à apreciação do Senado Federal, onde passará pelos mesmos trâmites da Câmara dos Deputados, inclusive no que tange ao quórum exigido.

Aprovado, então, por ambas as casas, será elaborado um decreto legislativo (CF/88, art. 59, inc. VI), que constitui a autorização para a ratificação, mas sem condão de tornar o tratado definitivo. Desse modo, a expressão “resolver definitivamente”, utilizada na Constituição Federal, parece, para a maioria dos doutrinadores, incorreta e mal empregada. Há um entendimento unânime entre eles de que o Congresso Nacional não resolve definitivamente o tratado. É relevante, neste sentido, a colocação de Mazzuoli (2011, p. 346) ao afirmar que

> A expressão definitivamente empregada pela Constituição deve ser interpretada segundo a teoria francesa do efeito útil (*théorie de l’effet utile*) pela qual as regras jurídicas obscuras ou ambíguas devem ser sempre interpretadas de modo a que produzam o maior sentido e eficácia possíveis relativamente ao seu objetivo.

O autor nos ensina, então, que:

> Não resta outra saída senão atribuir utilidade à expressão “definitivamente” em caso de rejeição do tratado pelo Parlamento. Então deve-se entender que o Congresso Nacional só resolve definitivamente sobre os tratados quando rejeita o acordo[...] (MAZZUOLI, 2011, p. 346)

Vale, ainda, mencionar que o decreto legislativo pode ser retratado, desde que o acordo não tenha sido ratificado.

A próxima fase à qual o tratado é submetido é a ratificação (ato externo), que tem maior relevância, uma vez que é por meio dela que o tratado passa a produzir efeitos no cenário internacional.

Rezek (2006, p. 50) nos apresenta uma definição precisa acerca do termo, que segundo o próprio autor, tem sido usado com conotações diversas. Para ele “ratificação é ato unilateral com que a pessoa jurídica de direito internacional, signatária de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se”.

O ato constitui uma competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo e deve ser expresso, sendo imprescindível a carta de ratificação. Trata-se, também, de um ato discricionário, pois quando enviado ao Executivo, após a aprovação do Congresso Nacional, aquele poderá ratificá-lo ou não, conforme julgar oportuno diante das circunstâncias do Estado. Depreende-se daí, ainda, que o Executivo tem discricionariedade para ratificá-lo quando lhe convier, não havendo, para isso, um prazo pré-fixado.

Embora o trâmite do tratado comece com a negociação, o compromisso firmado só passará a ter vigência, no plano internacional, a partir da ratificação. Não retroage, portanto, à assinatura, e tem, então, efeitos *ex nunc*.

Outra característica da ratificação é quanto à sua irretratabilidade. Uma vez ratificado, o acordo não poderá mais ser retratado.

As fases posteriores não encontram disciplinadas no texto constitucional. Entretanto, por constituírem prática costumeira, tornam-se pressupostos imprescindíveis para a validade do tratado.

Após a ratificação, passa-se, então, à fase seguinte – esta interna - que é a promulgação do tratado. A promulgação

> [...] tem por finalidade, pois, atestar que o ato internacional já existe e que foram cumpridas todas as formalidades internas para sua celebração. Indica, ademais, que o compromisso internacionalmente firmado já é juridicamente exigível, obrigando a todos sua observância (MAZZUOLI, 2010, p. 64).

Por fim, o tratado começa a vigorar efetivamente, no âmbito nacional, a partir da publicação de seu conteúdo no Diário Oficial da União, que é o órgão oficial da imprensa do país. A relevância de tal ato, segundo Mazzuoli (2010, p. 64) reside

no fato de “[...] dar maior publicidade de seu conteúdo a todos os nacionais do país, e fixar seu início de vigência”.

O início da vigência dá-se, no cenário internacional, com a formalização da ratificação, pois é a partir desta que cada parte começa a cumprir o tratado. Contudo, como praxe no Brasil, o Poder Executivo promulga internamente os tratados por decreto presidencial, a fim de dar mais publicidade ao acordo. Mazzuoli (2010, p.64) entende ser desnecessária a promulgação para validade do tratado, já que a constituição dispõe, no art. 84, que é competência do Presidente promulgar e publicar leis e não tratados internacionais. Ora, de fato, tratado não é lei, sendo apenas a promulgação uma prática costumeira no Direito Brasileiro.

Já no cenário internacional, a publicidade é dada por meio do registro, o qual é feito no secretariado da ONU, sendo exigível para todos os países signatários do acordo se estes quiserem invocá-lo no âmbito da ONU. Caso contrário, não será obrigatório o registro (MELLO, 2004, p. 243). A regulamentação acerca dessa fase encontra-se no artigo 102 da Carta da ONU. Mello (2004, p. 242) cita o artigo, *in verbis*, o qual determina:

> 1. todos os atos internacionais devem ser registrados;
> 2. o registro só será efetuado depois de o ato estar em vigor;
> 3. o tratado, para se fazer o registro, necessita ter sido concluído depois de 1945 e que, pelo menos, uma das suas partes seja membro da ONU;
> 4. o registro pode ser de iniciativa de um dos Estados contratantes, o que desobriga o outro, ou por iniciativa de uma das agências especializadas da ONU;
> 5. não se registra o tratado entre Estados que não sejam membros da ONU;
> 6. o Estado não membro da ONU pode solicitar o registro quando a outra parte do tratado é membro da ONU[...].

Existe, ainda, outro instituto, denominado adesão – ou aceitação, para alguns doutrinadores –, pelo qual um Estado ou Organização Internacional pode se vincular a um tratado, de cuja negociação não participou e o qual não assinou. Esse ato tem características semelhantes à ratificação. A distinção terminológica se funda pela não participação nas fases iniciais. É preciso, para isso, que o tratado seja aberto, isto é, que possua cláusula de adesão.

Vê-se, então, resumidamente, que para celebração de tratado internacional há participação do poder executivo (que o negocia e assina); do poder legislativo (que, por meio de decreto legislativo autoriza a ratificação) e, por fim,

novamente retorna ao executivo, que, externamente, ratifica o tratado e, internamente (via decreto), promulga-o.

2.5 Extinção

Assim como a celebração de um tratado é feita de forma voluntária, sua extinção e suspensão também podem ocorrer pelo consentimento das partes, e por diversas outras razões, desde que sejam obedecidas as regras insculpidas na Seção 3 da CV de 1969. Entre as motivações mais comuns que ensejam o fim do tratado, além do acordo mútuo, que se dá de forma ab-rogatória, podemos elencar, pautando-se na doutrina estudada, as seguintes: incompatibilidade com um tratado, regra consuetudinária ou norma imperativa de Direito Internacional posteriores; previsão de existência determinada no próprio instrumento; conclusão ou perda do objeto pactuado; condição resolutória expressa; obsoletismo; conflitos supervenientes, como guerra; grave violação; dentre outras. Cabe, aqui, mencionar que lei interna posterior não pode pôr fim ao tratado internacional.

Hodiernamente tem-se discutido acerca da possibilidade de rompimento de um tratado de forma unilateral, ou seja, um Estado deixar de participar dos acordos convencionados. Tal instituto, denominado denúncia, para alguns doutrinadores, é inadmissível, uma vez que geraria insegurança jurídica no cenário internacional. Para outros, como Mazzuoli (2011, p. 303), tal ato é plenamente legítimo, visto que “[...] é inofensivo às demais partes no acordo coletivo [...]”, pois só extingue para quem denuncia. O autor, ainda, reconhece tratar-se de um assunto complexo.

Mello (2004, p. 259), por sua vez, comungando da concepção de Mazzuoli, argumenta que “[...] os tratados sem prazo determinado podem ser denunciados, uma vez que nenhum tratado é perpétuo”. No entanto, ressalta o cumprimento de algumas exigências para que ocorra a denúncia, quais sejam: a previsão no texto do tratado e que “[...] o lapso de tempo entre a apresentação da denúncia e a data a partir da qual ela produzirá efeito é de 12 meses” (MELLO, 2004, p.259). O autor também admite a complexidade da matéria quando o texto é omisso a esse respeito. Nesse caso deve-se obedecer ao que estipula o artigo 56 da CV de 1969, *in verbis:*

> 1. Um tratado que não contém disposição sobre sua terminação e não prevê a denúncia ou retirada do mesmo não pode ser objeto de denúncia ou retirada a não ser que:
> a) fique estabelecido que as partes tiveram a intenção de admitir a possibilidade da denúncia ou retirada; ou
> b) o direito de denúncia ou retirada possa ser inferido da natureza do tratado. (CONVENÇÃO DE VIENA DE 1960, art. 56)

Conclui-se, assim, que para se estabelecer a legitimidade da denúncia terá que ser observado o caso concreto, ou seja, analisar a essência do tratado.

No que tange à possibilidade de denúncia nos tratados sobre Direitos Humanos, a questão torna-se ainda mais controversa. Mello (2004, p. 260) sugere que “o ideal seria de se estabelecer de modo taxativo que os tratados relativos a direitos humanos não estão sujeitos a denúncia”. Contudo, infelizmente, uma vez que tal sugestão não tenha sido, por ora, estabelecida, as divergências, nesse aspecto, ainda prosperam, muito embora direitos humanos façam parte do rol de direitos fundamentais e, portanto, constituam cláusula pétrea.

Ademais, é importante lembrar que por quaisquer que sejam as razões supramencionadas, a extinção “não prejudica qualquer direito, obrigação ou situação jurídica das partes, criados pela execução do tratado antes de sua extinção” (CONVENÇÃO DE VIENA DE 1960, artigo 70, 1, b). Sendo assim, o princípio basilar do direito do tratado, o *pacta sunt servanda*, não será desrespeitado, e a segurança jurídica será mantida.

3. DA POSIÇÃO HIERÁRQUICA DO TRATADO INTERNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 Posicionamentos

O Direito Internacional, conforme visto nos capítulos anteriores, regula a relação entre Estados e Organizações Internacionais. Têm, portanto, atuação externa. O Direito Interno, por sua vez, regula as normas jurídicas em âmbito doméstico. Sabendo-se que o Direito Internacional pode versar sobre diversas matérias, que, consequentemente, irão refletir no conjunto de leis de cada pais, é concebível que haja a coexistência das duas ordens jurídicas – interna e externa. No entanto, percebe-se que nem sempre um direito opera dialeticamente sobre o outro. Ocasionalmente um tratado ratificado pelo Poder Executivo pode divergir de leis internas e da própria Constituição Federal, embora haja um processo rigoroso, e até muito burocrático, na celebração de um tratado.

Muito se tem discutido acerca de qual norma se sobreporia em face dessa controvérsia, uma vez que a nossa Carta Magna não deixa claro com que força um tratado passa a integrar a legislação nacional, com exceção dos tratados que versam sobre direitos humanos, os quais a CF/88, no seu art. 5º, §3º, deixou clara sua equiparação à Emenda Constitucional. Tal embate, contudo, não é recente e nem exclusivo do nosso ordenamento.

Os doutrinadores, há tempos, têm-se voltado para essa questão e duas vertentes contraditórias os tem orientado: a Dualista e a Monista.

Para a Teoria Dualista o Direito Internacional e o Direito Interno são sistemas diferentes e, por isso, autônomos, cujas matérias são divergentes, embora igualmente válidas (MAZZUOLI, 2010, p. 72). Sendo assim, não há que se falar em conflito, visto que as normas não se comunicam. Para os defensores dessa corrente uma norma internacional jamais produziria efeitos automáticos na ordem interna pela ratificação. Para ter validade, deve, *a priori*, ser convertida em lei nacional, o que chamam de Princípio da Incorporação. Se, após sua incorporação, houver incompatibilidade material, tratar-se-á de conflito entre normas internas, cujo deslinde se pautará nas regras da Lei de Introdução do Código Civil.

Para reforçar o distanciamento entre Direito Internacional e Direito Interno, seus defensores apontam diferenças basilares entre eles, tais como fontes – vontade coletiva, consubstanciada em tratados e costumes, e vontade individual, respectivamente –, e estrutura – na ordem interna há a subordinação entre normas, ao passo que na internacional prevalece a coordenação. (MELLO, 2004, 121-122).

A concepção dualista, todavia, não é utilizada no Brasil e tem sido alvo de críticas de nossos doutrinadores mais balizados. Mello (2004, p. 122) alega que as diferenças apontadas pelos dualistas não correspondem à realidade, pois:

> [...] o direito não é produto da vontade nem de um Estado, nem de vários Estados. O voluntarismo é insuficiente para explicar a obrigatoriedade do costume internacional; Kelsen observa que coordenar é subordinar a uma terceira ordem; assim sendo, a diferença entre as duas ordens não é de natureza, mas de estrutura, isto é, uma simples "diferença de grau" [...]

Galindo *apud* Santana (2011, p.42), por sua vez, argumenta que

> os sistemas de normas do Direito Internacional e do Direito interno não podem ser diferentes e mutuamente independentes se ambas as normas forem consideradas como válidas em um mesmo tempo e espaço.

Acreditamos, portanto, que o direito não constitui um fato isolado de outras questões sociais, políticas ou econômicas. Ele, ao contrário, interage constantemente com outras matérias. Sendo assim, torna-se inconcebível a separação total entre dois ramos do próprio direito, como o internacional e o interno. Seria impossível não haver a comunicação entre eles, visto que atualmente presenciamos uma constante inter-relação de institutos. Por exemplo, matérias como direitos humanos e meio ambiente não se sujeitam apenas a jurisdição interna de um país, relacionando-se tanto com o direito interno quanto com o direito externo.

A outra vertente, que se contrapõe à Dualista, é a Monista. Esta corrente pugna pelo argumento de que há apenas um sistema jurídico, que o Direito Internacional e o Direito interno formam uma unidade, visto que o tratado é uma manifestação livre de consentimento de cada Estado. Segundo Das Ros (2005, p.21)

> O monismo foi elaborado sobre o princípio da subordinação, em que as normas jurídicas se acham subordinadas umas às outras. É a partir dessa teoria que Kelsen formulou a sua Teoria Pura do Direito, a conhecida pirâmide de normas. Pode-se resumir a lógica da pirâmide dizendo que uma norma tem a sua origem e se valida pela norma que lhe é hierarquicamente superior, onde a norma que está

> no topo da pirâmide é denominada *Grundnorm*, a norma fundamental.

Assim, o tratado e o ordenamento doméstico são plenamente compatíveis.

Mazzuoli (2010, p.73) elucida que

> [...] para os monistas estes dois ordenamentos jurídicos coexistem, mas se superpõem, formando uma escala hierárquica onde o direito internacional subordina o direito interno ou vice-versa. (...) se um Estado assina e ratifica um tratado internacional, é porque está se comprometendo juridicamente a assumir um compromisso; se tal compromisso envolve direitos e obrigações que podem ser exigidos no âmbito interno do Estado, não se faz necessária, só por isso, a edição de um novo diploma que transforme a norma internacional em regra a ser aplicada pelo direito interno.

No entanto, se uma ordem subordina a outra, surge aí o embate de qual teria primazia, caso ocorressem divergências entre suas normas. Nesse aspecto, dividem-se os monistas em internacionalistas, que sustentam a supremacia dos tratados, e os nacionalistas, que defendem a prevalência da legislação interna.

A Teoria Monista nacionalista, inicialmente defendida por Hegel, pauta-se no princípio da soberania estatal, que delega ao Estado poder supremo, não estando subordinado a "nenhum sistema jurídico que não tenha emanado de sua própria vontade" (MELLO, 2004, p. 123). Dessa forma, numa eventual colisão entre normas do Direito Internacional e de Direito interno, prevalece a segunda. Ademais, nesse paradigma, tratado que não é compatível com a Constituição Federal não terá validade na ordem interna.

Entre as objeções a essa teoria está o fato de gerar insegurança jurídica no cenário internacional, uma vez que para se eximir de obrigação assumida no âmbito externo, a legislação interna poderia ser modificada intencionalmente para torná-la conflitante com o compromisso externo. Santana (2011, p. 41), citando Ribeiro, lembra que "Estados que possuíam sistemas de governo nazistas e fascistas se aliaram à primazia do Direito interno".

Já a concepção Monista internacionalista, com bases na teoria de Hans Kelsen, embora reconheça a compatibilidade entre tratado e lei, apregoa que numa eventual antinomia, tratado internacional teria prevalência sobre o ordenamento doméstico, mesmo que o conflito se desse com a Constituição do Estado. Acerca desse tema, Mazzuoli (2011, p. 86) leciona que:

> Segundo essa concepção, o Direito interno deriva do Direito Internacional, que representa uma ordem jurídica hierarquicamente superior. No ápice da pirâmide das normas encontra-se, pois, o Direito Internacional (norma fundamental: *pacta sunt servanda*), de onde provém o Direito interno, que lhe é subordinado. Ambos os ordenamentos, o interno e o internacional, sob o comando deste último, marcham pari passu rumo ao progresso ascensional da cultura e das relações humanas.

Essa teoria tem sido defendida por renomados doutrinadores brasileiros, além de haver vários posicionamentos jurisprudenciais a seu favor, e ainda é a concepção consagrada pela Convenção de Viena de 1969, conforme depreendemos pela leitura do seu artigo 27, que estatui: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Percebe-se que, atualmente, há uma tendência ao reconhecimento da supremacia do Direito das gentes sobre o Direito interno. Mello (2004, p. 127) afirma que “a jurisprudência internacional tem sido unânime em consagrar a primazia do Direito Internacional”, o que nos parece bastante coerente, pois, uma vez que a interação entre os Estados tem se acentuado, esse primado contribuiria para uma normatização global e estável, além de ser uma evolução na cultura das relações entre países.

Há, ainda, dentro da corrente monista, os que defendem que os conflitos entre as normas devem ser resolvidos levando-se em conta o tempo de sua incorporação. Para esses monistas, chamados de moderados, a norma posterior – seja ela tratado ou lei – revoga a anterior. Nessa perspectiva, os diplomas teriam a mesma hierarquia. Trata-se, portanto, de um sistema paritário de normas, como definem os estudiosos. Pinheiro (2001, p.112), no entanto, rechaça tal posicionamento sob o argumento de que “esse tipo de conflito é mais uma questão de interpretação constitucional do que de simples aplicação de critérios técnicos”.

Por derradeiro, cabe destacar que, embora haja uma posição majoritária adotada no Brasil, a questão é ainda muito controvertida. Tratam, ainda, de forma diferenciada dos tratados em geral aqueles que tangem sobre natureza tributária e sobre natureza de direitos humanos. É importante, portanto, que se analise cada um separadamente.

3.2 Hierarquia dos Tratados que versam sobre direito comum

A incorporação de um Tratado Internacional no ordenamento jurídico interno se faz, conforme estudado anteriormente, mediante algumas fases, quais sejam: negociação e assinatura – em âmbito internacional; e referendo congressual – no âmbito interno, e ratificação – na esfera externa. Reiteramos, ainda, que, costumeiramente, o texto do tratado passa a integrar o ordenamento interno a partir da promulgação do decreto presidencial. A sua executoriedade se dá, portanto, pela conjugação do decreto legislativo com o decreto presidencial. Não há qualquer complexidade até então, desde que as matérias tratadas pelo ato internacional não colidam com as de ordem doméstica. Todavia, na hipótese de incongruência entre os diplomas jurídicos, há que se saber a posição hierárquica de cada um para o deslinde de controvérsias.

O valor jurídico atribuído ao tratado internacional, quando ele passa a integrar o ordenamento interno, é, geralmente, definido pela Constituição de cada Estado. No entanto, a nossa Carta Magna não se posiciona claramente acerca dessa questão. Em seu artigo 4º, a Constituição Federal de 1988, consagra os princípios norteadores das relações internacionais, arrolando entre eles a independência nacional e a autodeterminação dos povos. No entanto, no artigo 59, ao listar e hierarquizar as espécies legislativas, sequer menciona o tratado ou convenção internacional.

Infere-se, todavia, pela leitura do artigo 102, inciso III, b da Constituição Federal de 1988, que não houve omissão no que tange ao conflito entre tratado e dispositivo constitucional, pois ao submeter o tratado ao jugo direto de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, situa-o em uma posição infraconstitucional, e, implicitamente, atribui-lhe *status* de lei federal. Neste sentido posiciona-se Rezek (2006, p. 96-97):

> [...] para o Estado soberano a constituição nacional, vértice do ordenamento jurídico, é a sede de determinação da estatura da norma expressa em tratado. Dificilmente uma dessas leis fundamentais desprezaria, neste momento histórico, o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, a si mesma, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado. Assim, posto o primado da constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado.

Acrescentamos, ainda, um argumento que corrobora a tese de Rezek, qual seja, o fato de nossa Constituição Federal ser classificada como rígida quanto à

sua estabilidade. Desse modo, sua supremacia em face do tratado internacional não traz insegurança para o cenário internacional, haja vista a sua modificação demandar um processo bastante complexo e pouco célere. Por conseguinte, dificilmente seus preceitos seriam alterados para que o Estado se eximisse de alguma obrigação internacional.

Diante, portanto, do obscurantismo constitucional, quanto a hierarquia do tratado em relação à lei infraconstitucional, depreende-se que o legislador constituinte deixou a cargo da jurisprudência e da doutrina a definição do posicionamento daquele instituto na pirâmide jurisdicional brasileira.

Antes de analisarmos o posicionamento de cada instituto, cabe aqui uma digressão acerca de lei infraconstitucional. Sabendo-se que esse conceito abarca lei complementar e lei ordinária, entendemos que o tratado equipara-se à segunda. Isto porque a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 69, exige maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional para aprovação de lei complementar, o que não é análogo à aprovação do acordo internacional. Este pode ser feito por maioria simples, o que o iguala à lei ordinária. Sendo assim, parece-nos pacificado que tratado não pode versar sobre matéria reservada pela Carta Maior à lei complementar. Em uma eventual colisão de matérias, nesse sentido, prevaleceria a lei interna, visto que a externa seria tida como inconstitucional.

No tocante às leis ordinárias, a posição jurisprudencial, até 1977, segundo alguns estudiosos, tendia a dar primazia ao tratado internacional. Aderia, portanto, ao monismo internacionalista. A partir dessa data, com o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004 – SE, o Supremo Tribunal Federal se manifestou favorável ao sistema paritário de normas,

> [...] em que assentada por maioria a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano, deve ter sua prevalência garantida pela Justiça – não obstante as consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional (REZEK, 2006, p. 99).

A nossa Corte Suprema vem entendendo, desde então, que, genericamente, os tratados são incorporados ao ordenamento interno com o *status* de lei ordinária, haja vista não se submeterem a quórum qualificado para sua aprovação. Sendo assim, na prática, os tribunais, em face de uma contradição entre os dispositivos, decidem com base no princípio cronológico, ou seja, lei posterior

revoga lei anterior. Desse modo, a adesão a um tratado cuja matéria seja incompatível com lei anterior, a revogaria. Da mesma forma, que com o advento de lei conflitante com tratado já incorporado este deixaria de produzir efeitos no ordenamento doméstico.

Todavia, muitas críticas são feitas pela doutrina acerca do entendimento do STF. Tal tendência é, para Mello (2004, p. 131), “um verdadeiro retrocesso”, uma vez que se baseia em autores antigos e dualistas. Para o doutrinador essa posição pode trazer prejuízos ao Brasil em suas relações internacionais. Já Mazzuoli (2010, p. 83-84) entende que o Estado poderia agir de má-fé ao criar lei posterior conflitante para burlar um compromisso assumido. O autor ainda argumenta ser inaceitável a revogação unilateral de um tratado, cujo consentimento se deu por meio de mais de uma vontade, haja vista que para criá-lo demandou além da vontade do Estado em questão, também a do Estado estrangeiro. A nosso ver, isso seria uma violação ao Direito Internacional e a seu princípio máximo, o *pacta sunt servanda*.

Outro argumento apresentado por Mazzuoli (2010, p.84), e que nos parece bastante convincente, é o fato de atribuir, então, supremacia ao Poder Legislativo em relação ao Executivo. Isso porque a criação de lei ordinária é competência daquele poder. Ela tendo, pois, o condão de revogar um ato negociado e ratificado pelo Executivo denotaria a prevalência da vontade final do Legislativo. A violação, nesse sentido, seria ao princípio constitucional que consagra a independência e harmonia entre os poderes.

Outro argumento bastante coerente e interessante é o de que o poder Legislativo, no curso da celebração do tratado, já concordou com os termos do mesmo ao referendá-lo. Dessa forma, não mais poderia, simplesmente, editar uma norma contrária a tal tratado com o cunho de descumpri-lo ou revoga-lo. Seria, de fato, um contrassenso.

Percebe-se, portanto, que a posição de nossa Excelsa Corte não põe termo à controvertida questão. Além de que traria uma problemática a ser resolvida internacionalmente no que tange a responsabilidade do Estado pelo preceito violado.

É importante, ainda, destacar que, contemporaneamente, o STF tende a se posicionar de acordo com a especialidade das normas, ou seja, reconhece que a lei especial revoga lei geral. Assim, na ocorrência de um conflito entre o tratado e a

lei ordinária, o diploma que trata da matéria de forma geral deve ser revogado pelo que a trata de forma especial. Mazzuoli (2010, p. 86), citando o Ministro Celso de Mello (RTJ 70/333 e 100/1030; RT554/434), leciona que

> [...] a eventual precedência do atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno somente ocorrerá – presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico – não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade.

Quanto ao posicionamento doutrinário, conforme depreende-se das críticas supramencionadas, este não comunga do entendimento jurisprudencial. Para a maioria dos doutrinadores – dentre eles nomes consagrados como Antônio Cachapuz de Medeiros, Vicente Marotta Rangel e Celso D. Albuquerque de Mello, segundo cita Santana (2001, p. 46) – o Monismo Internacionalista, que reconhece a superioridade da norma firmada internacionalmente, constitui a solução mais cabível para o deslinde de incongruências jurídicas.

Em um momento de crescente proliferação e diversidade de tratados, como na fase contemporânea, a supremacia internacional se justifica, uma vez que traria maior segurança aos Estados pactuantes. Além de que geraria harmonia entre as leis internas e o cenário internacional. Os estudiosos que refutam esta tese advogam que o primado do Direito Internacional sobre o direito doméstico reforça a hegemonia jurídica dos países mais ricos e prejudica a soberania dos Estados (DA ROS, 2005, p. 25). Não podemos, porém, concordar com essa visão, pois acreditamos que se os países financeiramente bem sucedidos veem estabilidade em suas relações com os mais pobres, firmarão com eles muitos contratos, o que, por conseguinte, os proporcionará mais oportunidade de ascensão econômica.

Mazzuoli (2011, p. 89), acertadamente, afirma que, uma vez ratificada a Convenção de Viena de 1969 (que consagra o Monismo Internacionalista, como mencionado anteriormente), o Brasil, automaticamente, submente-se ao primado do Direito Internacional em face de colisão com o Direito interno.

Compartilhamos, por fim, do entendimento desse autor de que os tratados ou convenções internacionais têm valor infraconstitucional. Mas estando, assim, abaixo da Constituição Federal, na pirâmide hierárquica jurídica. Desse modo, um tratado só terá aplicabilidade se consoante com a norma fundamental que

lhe é superior. Por outro lado, ele tem *status* supralegal, posicionando-se acima das leis ordinárias e, portanto, revogadores destas em eventual incongruência normativa.

3.3 Tratados Internacionais de matéria tributária

No que tange aos tratados internacionais que versam sobre matéria tributária, o problema da antinomia é menos controvertido, embora existam algumas discussões.

O artigo 98 do Código Tributário Nacional define que “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”. Desse dispositivo, depreende-se que uma lei tributária, que verse sobre determinada matéria, pode ser revogada com o advento de um tratado ou convenção internacional que lhe sobrevenha, se as matérias se contrapuserem. Se, após a ratificação do tratado, uma terceira lei tributária fosse criada, e, mais uma vez, incompatível com o diploma internacional, esta já nasceria inválida, isto porque ela não tem caráter superior ao tratado, e, por conseguinte, não tem condão de revogá-lo.

O dispositivo legal supracitado rechaça a possibilidade de adoção da Teoria Monista Moderada, consagrada pela jurisprudência nacional. O que nos parece plausível, diante da nossa adesão à Teoria Monista Internacionalista.

Rezek (2006, p. 100) faz uma crítica ao artigo 98 do CTN quando afirma que:

> Essa linguagem sugere mais uma norma preventiva de conflitos do que uma regra de solução do conflito consumado; mas se assim for entendida ela é virtualmente supérflua. Não há dúvida de que o tratado revoga, em qualquer domínio, a norma interna anterior; nem tampouco de que o legislador, ao produzir direito interno ordinário, deve observar os compromissos externos da república, no mínimo para não induzi-la em ilícito internacional.

Autores tributaristas, em contrapartida, salientam que tal dispositivo deve ser aplicado com certa restrição, não abrangendo toda a matéria tributária. Não concordamos com tal posicionamento, por entendermos que o que está expresso na lei deve ser literalmente observado e, também, por este artigo vir ao encontro da teoria que defendemos. Assim, apreendemos que o dispositivo deve ser aplicado em sua totalidade. Na verdade, o que foi legalizado no Direito Tributário, deveria ser

adotado para todos os ramos do Direito, já que, como vimos, e pelos argumentos expostos, lei interna não revoga tratado.

3.4 Tratado Internacional sobre Direitos Humanos

A proteção ao ser humano já existe desde 1215, ano em que a Carta Magna de João sem Terra, na Inglaterra, passa a estabelecer alguns direitos individuais. Após muitos anos, em 1789, a Revolução Francesa proclama as liberdades fundamentais, e, também no final do século XVIII, a Constituição dos Estados Unidos os consagra (PINHEIRO, 2001, p. 56). No entanto, a maior preocupação com a normatização desses direitos nasce num momento histórico marcado por muitas mazelas, em que o homem estava sendo dizimado por guerras. Segundo Pinheiro (2001, p. 56), somente após as perversidades cometidas contra seres humanos nas duas grandes guerras mundiais do século XX, surgiu a necessidade de se criar um documento que garantisse a proteção do indivíduo e colocasse sua dignidade e bem-estar acima dos interesses dos Estados. A partir de então, os Direitos Humanos passaram a ter proteção do Direito Internacional.

A Declaração dos Direitos Humanos, assinada em 1948, constitui um marco histórico na promoção desses direitos à categoria de bem jurídico internacional indispensável e inviolável. Sua garantia passa a transcender os limites territoriais, tornando-se obrigação internacional. Consoante magistério de Piovesan (2006, p. 130), desde o preâmbulo da Declaração, afirma-se a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos isonômicos, inalienáveis e indivisíveis.

Direitos Humanos constituem, portanto, a proteção ao ser humano contra atrocidades ou perseguições oriundas do seu Estado ou da comunidade internacional, bem como a defesa contra a violação de sua integridade. Como paradigma da preocupação com os direitos humanos, tomemos o caso recente da iraniana Sakineh Mohammadi Ashtian, condenada a morrer por lapidação, prática aceitável no Irã. A perversidade a ser cometida comoveu correntes internacionais a intercederem a seu favor, contra a regra desumana de seu país.

No Brasil, contudo, o reconhecimento dos direitos humanos somente se consagrou com o advento da Constituição Federal de 1988. Até então, a história relata um total descaso com o tema, haja vista as verdadeiras atrocidades vivenciadas no período da ditadura militar. Tais atrocidades culminaram com a

promulgação de uma Constituição que traz como fundamento a dignidade da pessoa humana, como objetivo a promoção do bem de todos, indiscriminadamente, e que, sobretudo, rege-se em suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (CF/88, art. 1º, inc. III; art. 2º, inc. IV; art. 4º, inc. II). Para concretizar esses princípios - e não ser apenas um mecanismo de retórica – o Brasil tem aderido a inúmeros tratados internacionais que garantem a proteção dos direitos do homem, e, por conseguinte, asseguram ao país um verdadeiro sistema democrático. A Carta Política de 1988 atribui, ainda, tratamento diferenciado aos tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos em face aos demais acordos, conferindo àqueles superioridade.

O §2º do artigo 5º da nossa Carta Magna constitui um implemento significativo ao rol dos direitos fundamentais. Além de complementar o preceito do artigo 4º, inciso II, demarca a relevância atribuída aos Direitos Humanos e situa esses direitos a um *status* diferenciado dos direitos internacionais comuns, uma vez que define expressamente sua hierarquia. Estatui o parágrafo, *in verbis*:

> Art. 5º, § 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.

Segundo magistério de Trindade (2003, p. 498),

> O disposto no art. 5º, §2º, da Constituição brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados.

Parece-nos que a redação da CF/88 é clara ao reconhecer que não há um rol taxativo de direitos fundamentais, sendo que podem ser ampliados a novos direitos, inclusive oriundos de tratados ou convenções ratificadas pela República Federativa do Brasil. Sob essa ótica, entendemos que os tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos têm força, portanto, constitucional, e, por conseguinte, seriam superiores à legislação ordinária. Trata-se da consagração da Teoria Monista internacionalista. No que tange aos direitos humanos, Mazzuoli (2010, p. 91) argumenta que

> [...] se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela expressos “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias

> internacionais constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem.

Conquanto reconhecemos que as normas não sejam formalmente constitucionais, por não terem sido submetidas ao procedimento exigido pela Emenda Constitucional 45/04, percebemos que materialmente o são. E correspondem, também, a nosso ver, a cláusulas pétreas (Constituição Federal/88 artigo 60, § 4º, IV), segundo magistério de Moraes (2006, p. 458-459):

> Importante ressaltar que as normas constitucionais cuja natureza jurídica configura-se como direito ou garantia individual, mesmo não estando descritas no rol do art. 5º da Carta Magna, são imodificáveis, pois serão inadmissíveis emendas tendentes a suprimi-las, total ou parcialmente, por tratar-se de cláusulas pétreas.

Não obstante, o entendimento dos tratados sobre direitos humanos com força constitucional não está pacificado pela doutrina e jurisprudência. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, inclusive, em sua maioria, não os vislumbra com tal *status*, sob a justificativa de que sem obedecer ao procedimento formal nenhuma norma tem valor constitucional, sob pena de violar a Constituição. Argumenta, ainda, a inadmissibilidade de um decreto legislativo adquirir tal *status*. Haja vista o RE 347.703/RS, no qual o “STF entendeu, por maioria de votos, que os tratados internacionais de direitos humanos têm caráter supralegal” (ALLEMÃO, 2011, p. 7), e não constitucional.

A fim de dirimir tais controvérsias, em 2004, com a reforma do Poder Judiciário, acrescentou-se ao artigo 5º o §3º, por meio da Emenda Constitucional nº 45, para por fim a divergência doutrinária e garantir força constitucional ao tratado que versa sobre direitos humanos. Assim celebra o parágrafo

> 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.

Mazzuoli (2010, p. 101) faz sérias críticas à inclusão do dispositivo, nas quais enfatiza a sua prescindibilidade, uma vez que o § 2º já resolvia a questão, ao atribuir força constitucional ao tratado sobre direitos humanos.

No entanto, embora o dispositivo passe a definir claramente a hierarquia do tratado internacional, não põe termo à discussão e ainda fornece subsídios para novas indagações. Infere-se pelo tempo e modo verbais empregados

no futuro do subjuntivo – forem – que o Congresso Nacional teria, então, outra possibilidade de aprovação aos acordos internacionais e que terão força de emenda tão-somente os tratados ratificados a partir de 2004. Frisa-se, aqui, que até então somente a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência passou pelo crivo especial, e obteve, portanto, constitucionalidade material e formal. E os tratados celebrados anteriormente? O texto constitucional silencia acerca disso.

Desse modo, a matéria se torna novamente controvertida e assenta-se sobre o posicionamento dos tratados anteriores à EC/45, haja vista que o constituinte reformador mais uma vez se omitiu.

Alguns estudiosos, dentre eles Flávia Piovesan (2008, p.101), defendem que os tratados inseridos numa situação pretérita a 2004 assumem, então, automaticamente, o status constitucional, uma vez que ao tempo de sua ratificação não se exigia o procedimento especial. Já para uma outra corrente, eles manteriam a paridade legal, devendo passar pela nova sistemática para equivaler-se à emenda constitucional.

O STF, porém, ainda lhes atribui caráter intermediário: supralegalidade, mas infraconstitucionalidade. Há, todavia, uma tendência recente a lhes conferir paridade constitucional. É o que demonstra Santana (2010, p. 46) quando se refere ao julgamento do RE 466.343, que analisa a prisão civil do depositário infiel, temática que evidencia o conflito entre a Carta Política de 1988 e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Assim argumenta o Min. Celso de Mello apud Santana (2010, p.47)

> [...] evoluo [...] no sentido de atribuir, aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, superioridade jurídica em face da generalidade das leis internas, reconhecendo, a referidas convenções internacionais, nos temos em que venho de expor, qualificação constitucional.

No mesmo julgado, o Ministro, segundo Allemão (2011, p. 7), ainda,

> destacou a existência de três distintas situações relativas a esses tratados: 1) os tratados celebrados pelo Brasil (ou aos quais ele aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da CF/88, revestir-se-iam de índole constitucional, haja vista que formalmente recebidos nessa condição pelo §2º do art. 5º da CF; 2) os que vierem a ser celebrados por nosso País (ou aos quais ele venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC 45/2004, para terem natureza constitucional, deverão observar o iter procedimental do §3º do art. 5º da CF; 3) aqueles celebrados pelo Brasil (ou aos quais nosso País aderiu)

> entre a promulgação da CF/88 e a superveniência da EC 45/2004, assumiriam caráter materialmente constitucional, porque essa hierarquia jurídica teria sido transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade".

Por fim, Santana (2010, p.47) conclui que

> [...] não se cabe no Brasil nenhuma hipótese de prisão civil do depositário infiel, pois todas as leis ordinárias em sentido contrário ao tratado internacional foram derrogadas pelo art. 7º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O artigo supramencionada assim reza

> Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Não há dúvida de que o artigo em questão possui constitucionalidade material, e embora tenha sido ratificado em 1992, afasta a possibilidade prevista em 1988 de prisão do depositário infiel, haja vista, ainda, a sua conjugação com o §2º do art. 5º, conforme ensina Piovesan (2006, p. 74). A ausência da constitucionalidade formal se faz tão-somente pelo momento de sua celebração. Acreditamos que, se o processo solene de incorporação de tratados já fosse exigível a essa época, o Congresso Nacional não se furtaria a aprovação de um acordo tão significativo, que vem ao encontro dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

A edição da Súmula nº 25, em 16 de dezembro de 2009, com o seguinte teor: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito", veio, portanto, ratificar o posicionamento do ilustre ministro supracitado. Desse modo, de acordo com o entendimento sumulado do STF, fica permitida somente a prisão civil do devedor de alimentos, pondo termo, finalmente, à discussão acerca da custódia do depositário infiel. Quanto ao inc. LXVII do art. 5º da CF/88, torna-se uma norma de eficácia restringível, com efeitos limitados pelo Pacto de São José da Costa Rica e ratificado pela Súmula Vinculante.

Entendemos, assim, que, com a edição de tal súmula, o STF fortalece os tratados de direitos humanos, e, efetivamente passa a lhes conferir caráter constitucional. A sumúla 25, portanto, passa a servir de paradigma para demais antinomias entre tratados de direitos humanos e texto constitucional.

Para Piovesan (2008, p. 103) outra tendência marcante nos discursos jurisprudenciais é a preferência "à norma mais favorável à vítima, que assegura a

prevalência da norma que melhor e mais eficazmente proteja os direitos humanos". A autora ainda acrescenta que

> [...] os direitos internacionais [...] apenas vêm aprimorar e fortalecer, jamais a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional. A sistemática internacional de proteção vem ainda a permitir a tutela, a supervisão e o monitoramento de direito por organismos internacionais.

Para corroborar a tese da autora, citamos o pronunciamento do Min. Joaquim Barbosa no julgamento supramencionado (apud Santana, 2010, p. 47)

> Para mim, porém, o essencial é que a primazia conferida em nosso sistema constitucional à proteção da dignidade da pessoa humana faz com que, na hipótese de eventual conflito entre regras domésticas e normas emergentes de tratados internacionais, a prevalência, sem sombra de dúvidas, há de ser outorgada à norma mais favorável ao indivíduo.

Diante do exposto, acreditamos, portanto que o tratado de Direitos Humanos, quer seja apenas materialmente constitucional, quer seja formal e materialmente constitucional, possui normas equivalentes à Constituição, podendo, inclusive, sobrepor-se a esta, se seus preceitos forem mais benéficos à proteção do ser humano. Prova disso é que o STF, legítimo guardião de nossa Carta Magna, ao reconhecer, por meio da SV nº 25, a ilicitude da prisão civil do depositário infiel, confere caráter de EC aos Tratados que versam sobre Direitos Humanos. Tal fundamentação se consubstancia no fato de a dignidade da pessoa humana ser um dos princípios orientadores da Carta Magna de 1988 (art. 5º, inc. LXVII).

Pensamos, ainda, que se este entendimento ainda não está sedimentado, não tardará a ser, pois, nesta sociedade internacional globalizada e de multiplicidade de tratados, a humanidade tem caminhado cada vez mais para a proteção do ser humano, para a sua centralização em face dos demais objetivos pleiteados.

Entendemos, enfim, que a Constituição Federal de 1988 consagra, definitivamente, no que tange aos tratados de direitos humanos, a teoria monista. Todavia, se tende a seguir a corrente internacionalista ou nacionalista é irrelevante, o que se deve priorizar é a benevolência ao ser humano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desse trabalho foi, com base na Constituição Federal de 1988, em posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, investigar e analisar como o ordenamento jurídico brasileiro recepciona o tratado internacional.

O Direito Internacional tem, indubitavelmente, ganhado destaque no cenário contemporâneo, seja pela intensificação das relações comerciais, seja pela busca de mais segurança no intercâmbio cultural, político e social, ou, ainda, pela formação de alianças em prol da defesa do planeta ou do ser humano. No entanto, percebemos que se trata de ramo ainda a ser evoluído, pois não raro as relações internacionais se pautam em interesses particulares de alguns países. Ademais, por ser a celebração dos tratados manifestação livre de consentimento, alguns Estados se furtam a sua adesão para não se vincular a compromissos, os quais poderiam ser benéficos para todos os Estados. Acreditamos que, para o Direito Internacional se solidificar, seria necessário que houvesse uma codificação universal, voltada para o desenvolvimento humano-político-econômico geral. Mas concebemos que tal codificação está distante da realidade atual. A recente inserção de Organizações Internacionais no rol dos entes legitimados para celebrar tratados representa um marco significativo para essa evolução. Isso porque elas estariam menos suscetíveis à parcialidade e poderiam pleitear condições mais isonômicas.

Embora não haja hierarquia entre as fontes do direito das gentes, é notório que há uma tendência a codificar as regras consuetudinárias e, por conseguinte, os tratados têm ganhado mais credibilidade e adesão, uma vez que eles atribuem mais segurança jurídica aos Estados signatários. Sua incorporação demanda muitas formalidades, exigindo-se, no Brasil, o trâmite por quatro fases para ter vigência e produzir efeitos jurídicos. Assim, do mesmo modo, a sua denúncia ou extinção demanda maior dificuldade, bem como o não cumprimento dos preceitos acordados gera penalidades mais gravosas no cenário internacional.

Todavia, mesmo havendo um processo rigoroso de incorporação do tratado, ocorre, eventualmente, a colisão de normas acordadas em âmbito externo com normas existentes no ordenamento interno. A CF/88 não é clara ao definir com que força hierárquica esses documentos passam a integrar a ordem interna e como seria resolvida a incongruência entre essas normas.

Demonstramos, portanto, por meio da análise do texto constitucional conjugada com leituras doutrinárias e de julgados, que a CF/88 atribui tratamento diferenciado aos tratados, de acordo com a matéria regulamentada. Assim, no que concerne os tratados em geral, acreditamos que, em 2009, após a ratificação da Convenção de Viena em 1969, a problemática tenha sido resolvida, uma vez que esta Convenção consagra o Monismo Internacionalista. O Brasil, ao ratificar esse acordo, automaticamente, passa a adotar a mesma corrente, ou seja, o tratado tem força supralegal. Desse modo, no caso de possível conflito entre acordo internacional e lei ordinária, decisivamente, o primeiro prevaleceria.

Contudo, comungamos com a concepção da doutrina majoritária, que lhes atribui caráter supralegal, mas infraconstitucional, ou seja, na eventual colisão com preceito constitucional, o disposto em nossa Carta Magna tem supremacia. Tal concepção torna-se a mais coerente, pois um tratado que vai contra o que preceitua a Lei Fundamental de nosso país jamais poderia ter sido aprovado pelo Congresso Nacional ou pelo Poder Executivo. E, se isso acontecer, ele não poderá produzir efeito algum, haja vista sua inconstitucionalidade.

No que tange aos tratados que dispõem sobre matéria tributária, embora a Constituição seja obscura, pautando-se no Código Tributário Nacional, art. 98, entendemos que eles, também, detêm a supremacia em relação à lei ordinária. Têm, portanto, como os tratados em geral, força supralegal.

Os tratados sobre direitos humanos, por sua vez, ganham discussões mais acirradas. Nesse aspecto a Constituição Federal de 1988, por ter tido sua promulgação no limiar do Estado Democrático de Direito, não se omitiu. No entanto seu texto deu margens a interpretações paradoxais. Acreditamos que o constituinte originário, e mais tarde, em 2004, o reformador, pretenderam atribuir ao tratado de direitos humanos força constitucional. Portanto, é com esse caráter que os reconhecemos, independente do quórum a que foi submetido para sua aprovação e do tempo em que foi ratificado, já que versa sobre matéria constitucional de direito fundamental. Dentro desse paradigma, defender a corrente Monista Internacionalista ou a Nacionalista torna-se irrelevante, haja vista que o que se busca é a proteção da integridade do ser humano, e estando as normas em condições paritárias, primaria a que trouxesse mais benefícios ao homem.

Por derradeiro, acreditamos que a República Federativa do Brasil deva participar tão-somente de convenções que estejam em acordo com os princípios internos. Se não estiverem, deve então compatibilizá-las com estes, por meio dos institutos da reserva ou da emenda, antes, porém, de sua ratificação. Possibilitaria, assim, que os operadores do direito se voltassem para outros temas de fundamental relevância dentro do direito das gentes.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional público.* 14.ed. São Paulo : Saraiva, 2000.

ALLEMÃO, Flávia Maria Aires Freire. *Antinomias entre os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o Direito Interno Brasileiro.* In: Revista Eletrônica Díke, vol. 1, nº 1, jan.-jul., 2011. Disponível em: <http://www2.tjce.jus.br:8080/dike/wp-content/uploads/2010/11/Flavia-Allemao.pdf>. Acesso em 04.11.2011.

BOSON, Gerson de Britto Mello. *Direito internacional público : o estado em direito das gentes.* 3.ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2000.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

COSTA RICA. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos.* 1969. Disponível em: <http://www2.idh.org.br/casdh.htm>. Acesso em: 22/07/2011.

DA ROS, Rafael. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: A posição do STF.* 2004. Trabalho de Conclusão de Curso. (Graduação em Direito) – Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Disponível em: <http://arquivo.fmu.br/prodisc/direito/rdr.pdf>. Acesso em: 27/06/2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional Público: Parte Geral*. 4 ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Curso de *Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15.ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2004. V.1.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 6.ed. São Paulo : Atlas, 2006.

PINHEIRO, Carla. *Direito Internacional e Direitos Fundamentais.* São Paulo : Atlas, 2001.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil*. In: Revista Fund. Esc. Super. Minist. Público. Dist. Fed. Territ., Brasília, vol. 15, p. 93-110, jan.-jun., 2008. Disponível em: <http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/15_07.pdf>. Acesso em: 27/06/2011.

_____. Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo : Saraiva, 2006.

SANTANA, Camila Carolina Damasceno. *O controle de constitucionalidade dos tratados internacionais*. In: Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, n. 12, p. 35-49, dez-jan., 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos.* Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris, 2003.

VIENA. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*, 1969. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm> . Acesso em: 18/05/2011.