



UniCEUB – Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

Rodrigo Lôbo Mariano

**A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE
DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Brasília,

2015

Rodrigo Lôbo Mariano

**A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE
DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UniCeub.

Orientador: Prof. André Pires Gontijo.

Brasília,
2015

Rodrigo Lôbo Mariano

**A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE
DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UniCeub.

Orientador: André Pires Gontijo.

Brasília, _____ de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Professor André Pires Gontijo - Orientador

Examinador (a)

Examinador (a)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus e a Nossa Senhora, que me guiaram durante todos esses anos de faculdade e, especialmente, no desenvolvimento desta monografia.

Ao meu orientador André Pires Gontijo, que contribuiu com o crescimento deste trabalho, por meio de sua disponibilidade e paciência.

Aos meus pais Edmilson e Ilzete, que sempre estiveram ao meu lado e acompanharam por perto tudo que vivenciei e aprendi durante o curso de Direito.

A minha irmã Laura, que ajudou nos momentos mais complicados da graduação.

Aos meus avós, primos, tios e, principalmente, a tia Isis, que a vejo como uma segunda mãe.

Ao meu grande amigo Flávio, que ajudou muito com seu conhecimento incomparável e refinado saber jurídico.

Aos meus amigos, em especial, Giselle, Denise, Dani, Eric, Doorgal, José Marcelo, Jordana, Rafaella, Thaís, Adyr, Maria Beatriz, aos amigos do CEAC e tantos outros que me acompanharam todos esses anos de graduação.

Aos colegas da Procuradoria Geral da República e, em especial, Maria Lucia, Dani e Anselmo, sendo este o primeiro a me apresentar o tema desta monografia.

RESUMO*

Relatório Monográfico de Pesquisa no âmbito do direito internacional e constitucional, cujo objeto é a temática dos tratados internacionais de Direitos Humanos, questionando-se qual seu *status* no ordenamento jurídico brasileiro. Por meio da pesquisa dogmática e instrumental, e da técnica bibliográfica, sistematizou-se a doutrina jurídica, a fim de investigar a aplicação dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, à luz das teorias dualista e monista, do posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria, além das críticas desenvolvidas principalmente por Valério Oliveira Mazzuoli, George Rodrigo Bandeira Galindo, Flávia Piovesan e Celso de Albuquerque Mello. O estudo dos tratados internacionais gerais, além da hierarquia dos tratados internacionais de Direitos Humanos leva a dimensão do conflito de ideias entre a doutrina e a jurisprudência. Enquanto parte da doutrina defende que todos os tratados internacionais são normas constitucionais, sejam eles materialmente ou formalmente constitucionais; o Supremo Tribunal Federal, por sua vez, equipara os tratados internacionais tradicionais à lei ordinária, defende a supralegalidade dos tratados internacionais de Direitos Humanos não aprovados na forma prevista pelo § 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal, e, por fim, o *status* constitucional daqueles aprovados no *quórum* de Emenda Constitucional. No final, será levantada a questão do Controle de Convencionalidade, que seria o instrumento idôneo para compatibilizar as leis internas aos tratados internacionais de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Relação entre Direito internacional e Direito interno. Monismo e Dualismo. Tratados internacionais. Direitos Humanos. Hierarquia. Controle de Convencionalidade.

* Sugestão para citação: MARIANO, Rodrigo Lôbo. *A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2015. 136 f. Monografia (Graduação em Direito). Orientador: prof. MSC. André Pires Gontijo. Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais, Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Brasília, 2015.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 MONISMO, DUALISMO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO	10
<i>1.1 A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO: MONISMO E DUALISMO.....</i>	<i>10</i>
<i>1.1.1 Dualismo.....</i>	<i>11</i>
<i>1.1.2 Monismo.....</i>	<i>13</i>
<i>1.2 DIREITO DOS TRATADOS.....</i>	<i>14</i>
<i>1.3 CONCEITO DE TRATADO INTERNACIONAL.....</i>	<i>17</i>
<i>1.4 TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO.....</i>	<i>19</i>
<i>1.5 OS ACORDOS EXECUTIVOS NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO.....</i>	<i>23</i>
2 O CONFLITO APARENTE ENTRE TRATADO INTERNACIONAL E A NORMA DO DIREITO INTERNO.....	26
<i>2.1 MONISMO E DUALISMO: AS FORMAS DE SOLUCIONAR OS CONFLITOS NORMATIVOS.....</i>	<i>27</i>
<i>2.2 O CONFLITO APARENTE DE NORMAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....</i>	<i>30</i>
<i>2.3 CRÍTICAS DOCTRINÁRIAS EM FACE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 80.004/SE.....</i>	<i>34</i>
<i>2.4 OS TRATADOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO.....</i>	<i>36</i>
3 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	41
<i>3.1 OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....</i>	<i>41</i>
<i>3.1.1 A institucionalização dos direitos e garantias fundamentais a partir da Constituição Federal de 1988.....</i>	<i>41</i>
<i>3.1.2 Os Direitos Humanos e os direitos fundamentais: os §§ 1º e 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.....</i>	<i>43</i>

<i>3.2 A HIERARQUIA JURÍDICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO</i>	48
<i>3.2.1 O status constitucional dos tratados internacionais de Direitos Humanos</i>	49
<i>3.2.2 O caráter supralegal dos tratados internacionais de Direitos Humanos não aprovados com o quórum de Emenda Constitucional</i>	53
<i>3.3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE</i>	55
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

A relação entre Direito internacional e Direito interno é pautada pelas teorias dualista e monista, que possuem Heinrich Triepel e Hans Kelsen, respectivamente, como os grandes expoentes.

Com efeito, o dualismo defende a independência entre os sistemas do Direito internacional e do Direito nacional. Dessa forma, para esta doutrina, não há que falar em conflitos entre as normas jurídicas destes dois sistemas jurídicos, uma vez que possuem fontes e objetos próprios.

Portanto, a partir da doutrina dualista, as normas do Direito internacional não influenciam, necessariamente, o Direito interno. Assim, as normas internacionais só se aplicam no ordenamento jurídico interno se forem transformadas em leis internas.

Entretanto, a teoria monista sustenta a unidade entre a ordem jurídica do Direito internacional e do Direito nacional, criando, com isso, o sistema escalonado de normas, por meio da hierarquia jurídica.

O monismo, por sua vez, não exige a transformação do Direito internacional em norma interna para se incorporar ao ordenamento jurídico interno.

A partir da análise da teoria monista, faz-se necessário o estudo do conflito aparente entre os tratados internacionais e as leis do Direito interno.

Quanto a isso, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 80.004/SE, julgado no dia 01.06.1977, firmou jurisprudência no sentido de equiparar os tratados internacionais às leis internas. Ressaltou-se, no entanto, que a lei posterior revoga a anterior, independente de compromisso firmado em âmbito internacional.

Não obstante, alguns doutrinadores filiam-se à primazia do Direito internacional sobre o Direito interno. Por isto, criticam veementemente o posicionamento da Suprema Corte, considerando-o retrocesso, uma vez que, antes do referido julgado, o Supremo Tribunal amparava-se também na primazia do Direito internacional sobre o Direito interno.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente, a entrada do § 2º, do artigo 5º, da referida Carta constitucional, iniciou-se, no Direito brasileiro, o processo de instrumentalização dos Direitos Humanos com a entrada de vários tratados internacionais sobre a matéria.

Todavia, o Supremo, mesmo com tratados de Direitos Humanos, mantivera posicionamento anterior e, ainda, defendia a equiparação de todas as convenções internacionais à lei ordinária.

Apesar disso, parte da doutrina apoia o *status* constitucional dos tratados internacionais de Direitos Humanos, em razão do § 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Com isso, visando a solução do problema provocado pelo Judiciário brasileiro, o legislador inseriu o § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, que restringiu, acidentalmente, o *status* constitucional apenas àqueles tratados de Direitos Humanos aprovados em dois turnos de cada casa do Congresso Nacional, por três quintos de seus respectivos membros, ignorando os aprovados antes da implementação do referido dispositivo constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, a fim de resolver a omissão legislativa, desenvolveu a supralegalidade, que consiste num novo nível hierárquico para os tratados de Direitos Humanos não aprovados na forma do artigo 5º, § 3º, da Carta Política. Assim, estes estão acima das leis infraconstitucionais, mas abaixo do “Bloco de Constitucionalidade”, ou seja, das normas materialmente e formalmente constitucionais.

Em face disso, os doutrinadores têm defendido a inaplicabilidade do dispositivo constitucional acima, uma vez que se tornou letra morta a partir da supralegalidade criada pelo Supremo Tribunal Federal.

Ademais, para muitos, todos os tratados de Direitos Humanos são norma constitucionais, a diferença é que aqueles não aprovados na forma do § 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal, são apenas materialmente constitucionais; enquanto os que forem aprovados no mesmo processo das Emendas Constitucionais são normas formalmente e materialmente constitucionais.

Em vista de todo o ocorrido acima, a primeira seção, dessa forma, retrata a visão dualista e a monista, apontando suas principais características. Aclara-se, ainda, para o

estudo dos Direitos dos Tratados, elencando os conceitos de tratados internacionais apresentados pela doutrina, a forma de ingresso no ordenamento jurídico interno e a problemática dos acordos executivos no Brasil.

Já o segundo bloco de diagnóstico foca no conflito aparente entre tratado internacional e a norma do Direito interno. Objetiva-se assentar que o Supremo Tribunal Federal deu solução para resolver os conflitos entre tratados e leis ordinárias, optando-se por equipará-las e, em caso de oposição, a posterior revoga a anterior.

Seguidamente, apresentam-se os tratados internacionais em matéria tributária que, de acordo com o Código Tributário Nacional, possuem primazia sobre toda legislação interna tributária. Assim, discute-se a crítica doutrinária e a posição do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

O último capítulo traz à baila a hierarquia dos tratados internacionais de Direitos Humanos. Para tanto, divide-se a cronologia dos fatos em antes e depois da implementação do § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal.

Ademais, são colacionados os casos da Suprema Corte sobre a hierarquia dos tratados internacionais de Direitos Humanos, aprovados ou não com *quórum* de Emenda Constitucional.

Ao final, será apresentado o Controle de Convencionalidade, que visa proteger os tratados internacionais de Direitos Humanos contra normas infraconstitucionais que, porventura, os contradizem.

Buscar-se-á balancear, portanto, o impacto no ordenamento jurídico interno após a inserção do § 3º, ao artigo 5º, da Constituição Federal, apresentando os aspectos doutrinários e jurisprudências sobre a temática. É o que se examinará na seguinte monografia.

1 MONISMO, DUALISMO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO

A relação entre o Direito internacional e o Direito interno é pautada pela doutrina monista ou dualista. A adoção de uma dessas teorias influencia diretamente na maneira que cada país vê os tratados internacionais no ordenamento jurídico interno.

Portanto, o ingresso dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno sempre foi matéria de debate na doutrina e na jurisprudência.

De fato, as Constituições positivam o Direito internacional ao fixar quais entidades estatais são competentes para regulamentá-lo no âmbito interno, mas traz dubiedade em alguns pontos, como é o caso da possibilidade, ou não, de acordos executivos e na maneira de atuação do Legislativo na aprovação dos tratados.

Com isso, será discutido, neste capítulo, a doutrina monista e dualista, qual é o conceito de tratado internacional, a importância dessas fontes normativas no sistema jurídico interno, como ocorre a atuação do Poder Legislativo na ordem internacional e, por fim, a relação dos acordos executivos ante a Constituição Federal de 1988.

1.1 A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO: MONISMO E DUALISMO

Desde o princípio, a relação entre Direito internacional e o Direito interno é matéria de debate entre a doutrina e a jurisprudência.

Essa relação pode-se dar pela hierarquia do Direito internacional em face do Direito interno ou pela resolução de conflitos que, porventura, possa existir entre as normas destes dois direitos¹.

Com efeito, o Direito internacional está em constante ascensão, assim, ele torna-se importante instrumento nas relações entre os sujeitos de direito, ingressando no ordenamento jurídico interno. Portanto, é preciso que haja harmonização entre as ordens internas e externas, a fim de gerar estabilidade entre os dois direitos. Em contrário, tais

¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 85.

ordenamentos diversos podem entrar em contradição, dando margem ao conflito de normas².

Hoje, os conflitos entre normas do Direito interno e as do Direito das gentes estão cada vez mais comuns. Isto se deve à globalização e à mundialização, principalmente na área das relações econômicas³.

Daí surge a grande divergência doutrinária do Direito internacional, isto é: qual direito, internacional ou nacional, sobressai em caso de conflitos normativo?⁴

A resolução da matéria acima se dá a partir da análise das doutrinas dualista e monista, que possuem vários posicionamentos doutrinários e jurisprudências, na forma que será estudado a seguir.

1.1.1 Dualismo

O alemão Heinrich Triepel e o italiano Dionisio Anzilotti são os principais precursores e defensores da corrente dualista, que gerou repercussão em vários países e com a filiação de muitos outros doutrinadores⁵.

Os autores adeptos ao dualismo defendem a independência e a diferença entre os sistemas do Direito internacional e do Direito nacional. Assim, apesar de ambos serem válidos, não há intercepção de um pelo outro⁶.

De fato, segundo Hans Kelsen, a visão dualista possui uma variedade de adeptos por defender que o Direito nacional e o Direito internacional são “duas ordens jurídicas separadas, mutuamente independentes, que regulam matérias muito diferentes e que possuem fontes bem diferentes⁷”.

Dessa forma, o dualismo compreende a validade de ambas as ordens jurídicas, mas defende a independência deles, ou seja, eles não se relacionam, compondo uma

² ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.p. 60-61.

³ JEVEAUX, Geovany Cardoso. Os efeitos das normas internacionais nos ordenamentos jurídicos nacionais. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 43, n. 172, out./dez. 2006. p. 85.

⁴ FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.3.

⁵ FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.4-5.

⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 86-87.

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 516.

ordem dual⁸.

Com isso, a validade da norma interna não tem harmonia com o sistema jurídico internacional⁹.

Logo, para o dualismo, os tratados, por exemplo, não influenciam as questões de interesse do ordenamento jurídico interno, o que rejeita qualquer possibilidade de conflitos entre tais sistemas jurídicos¹⁰.

De acordo com Celso de Albuquerque Mello, o dualismo adota a teoria da incorporação, em que para aplicar uma norma do Direito internacional na ordem jurídica interna, é preciso que este transforme aquele em norma do direito interno, incorporando-o ao ordenamento jurídico nacional¹¹.

Com efeito, o acordo internacional só terá valor jurídico no Direito interno se for adotado e transformado em norma nacional, pois a primazia para o dualismo é a lei interna dos Estados¹².

Portanto, os pluralistas resguardam a independência do Direito nacional e do Direito internacional por regularem matérias distintas. Deveras, para os dualistas, enquanto o Direito interno legisla a conduta dos indivíduos, o Direito das gentes legisla a atuação dos Estados¹³.

Portanto, o dualismo filia-se ao argumento da independência entre o ordenamento jurídico interno e internacional, uma vez que eles adotam fontes, sujeitos e objetos de forma distinta¹⁴.

⁸ ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.p. 64.

⁹ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 28.

¹⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 87.

¹¹ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 122.

¹² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 87.

¹³ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 517.

¹⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 181.

1.1.2 Monismo

O austríaco Hans Kelsen é o principal expoente da doutrina monista, que propôs uma contraposição em face da teoria dualista.

Deveras, a doutrina monista parte do pressuposto de que os Direitos das gentes e o Direito interno são conectados e formam uma única ordem jurídica¹⁵.

Com efeito, o monismo perfilha a unidade entre os sistemas jurídicos nacionais e internacionais, diversamente do dualismo, que sustenta a dualidade entre estes dois sistemas¹⁶.

Então, a teoria monista defende o princípio da subordinação, que persiste na subordinação de todas as normas jurídicas, perfazendo uma ordem hierárquica entre elas¹⁷.

Dessa forma, o monismo argumenta que o ingresso do Direito internacional ao Direito nacional independe de sua transformação em norma jurídica interna, uma vez que os Estados, ao manterem compromissos com outros sujeitos do Direito dos povos, precisam resguardar a unicidade entre os sistemas. Assim, tanto o Direito interno como o Direito internacional são aptos para regular as relações entre os indivíduos¹⁸.

De fato, segundo Hans Kelsen, é a Constituição que define se a norma do Direito internacional, para ingressar no ordenamento jurídico interno, precisa ou não ser transformada em norma nacional. Agora, se a Carta Política for omissa, a norma internacional pode ser aplicada diretamente pelo Estado, bastando que seja concluído pela entidade competente, nos termos da Constituição¹⁹.

No entanto, a doutrina monista se divide em duas posições: a que defende a primazia do Direito interno e a que defende a primazia do Direito internacional²⁰.

O monismo com primazia do Direito interno, também conhecido como

¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 516.

¹⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 92.

¹⁷ FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.3.

¹⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 92.

¹⁹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 537.

²⁰ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 123.

monismo nacionalista, parte do pressuposto de que a adoção do Direito internacional não é consequência do Direito interno, por ser uma faculdade discricionária, em razão da soberania dos Estados²¹.

Assim, o fundamento do Direito internacional é limitado pelos Estados que o adota em seu sistema jurídico, porque o aquele seria um mero direito interno que é aplicado pelos Estados em suas relações internacionais²².

Por sua vez, o monismo com primazia do Direito internacional, também chamado de monismo internacionalista, defende que o Direito internacional tem hierarquia superior que do Direito interno, uma vez que este deriva daquele²³.

Assim, a ideia de soberania dos Estados deve ser relativizada, pois eles dependem da ordem jurídica internacional²⁴.

Diante dos panoramas apresentados acima, passa-se à análise dos tratados internacionais e o seu ingresso no ordenamento jurídico interno, e da relação das teorias dualista e monista neste meio.

1.2 DIREITO DOS TRATADOS

De acordo com as noções teóricas delineadas, pondera-se, a seguir, acerca da genealogia do direito dos tratados.

Segundo José Francisco Resek, até o início do século XX, os tratados tinham origem consuetudinária e eram pautados pelos princípios da boa-fé e do *pacta sunt servanda*²⁵.

Valério de Oliveira Mazzuoli, por sua vez, retrata que os tratados internacionais existem desde a Antiguidade e que tinham natureza costumeira até meados do

²¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 94.

²² MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 125.

²³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 97.

²⁴ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 125.

²⁵ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35.

século XX. Logo, adotavam os princípios do *pacta sunt servanda*, do livre consentimento e da boa-fé²⁶.

Entretanto, a partir do século XIX, o acervo normativo dos tratados começou a expandir, o que obrigou a criação dos chamados “Tratados Multilaterais”, ou seja, blocos de regras e princípios nos quais participam três ou mais Estados, “desde a conferência preparatória até o mecanismo de extinção²⁷”.

Ademais, foram criadas, no início do século XX, as Organizações Internacionais. Assim, além dos Estados, as Organizações Internacionais passaram a integrar o rol dos sujeitos de direito internacional público e, portanto, também passaram a celebrar tratados²⁸.

Dessa forma, devido ao crescimento do Direito Internacional e da relevância que os tratados ganharam, foi necessário codificá-lo, transformando “suas regras costumeiras em regras convencionais, escritas, expressas, elas mesmas, no texto de tratados²⁹”.

Para tanto, a comunidade internacional constatou a necessidade de organizar e codificar as normas basilares dos acordos internacionais, o que se deu em 23 de maio de 1969, com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, também conhecida como Código dos Tratados³⁰.

Com efeito, segundo Hildebrando Accioly, a Convenção de Viena é uma das normas mais importantes do Direito internacional, pois dispõe sobre as regras gerais a serem adotadas pelos Estados e Organizações Internacionais na elaboração dos tratados³¹.

Por outro lado, a relevância da codificação do Direito dos Tratados para o Direito internacional motivou longas discussões – cerca de 20 anos – para a elaboração

²⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 181.

²⁷ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36.

²⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 181.

²⁹ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36.

³⁰ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

³¹ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 154.

convencional. Reporta-se à participação de 110 países, ainda que apenas 32 destes tenham firmado o documento de imediato³².

Nessa diretriz, o texto da Convenção só entra em vigor 10 anos após sua conclusão, ou seja, em 27 de janeiro de 1980. Sintomatologia previsível, já que, para entrar em vigor, era necessário um quórum mínimo de 35 Estados, conforme inteligência do artigo 84, da Convenção³³.

O Brasil, por seu turno, só ratifica a Convenção em 25 de setembro de 2009, malgrado as regras previstas no Código dos Tratados sempre terem sido utilizadas nos acordos que firmou com outros países ou com Organizações Internacionais³⁴.

Daí a importância e o crescimento dos tratados internacionais nos dias de hoje, tornando-os a principal fonte do Direito internacional³⁵.

Com efeito, os tratados são vistos como a fonte mais concreta do Direito das gentes, o que garante aos Estados participantes maior certeza e, por conseguinte, segurança jurídica³⁶.

Não obstante, Celso Duvivier de Albuquerque ressalta que nem todos os tratados são fontes do direito internacional, apenas aqueles que tratam “de modo efetivo o comportamento dos Estados³⁷”.

José Francisco Resek, por sua vez, assevera que todos os tratados, inclusive aqueles que versam sobre temas triviais, são relevantes para o Direito dos Tratados, em razão do seu processo de produção³⁸.

Ademais, Celso Antonio Martins Menezes confirma que o uso do tratado é “ilimitado, podendo-se afirmar não existir assunto que possa fugir à sua regulamentação³⁹”.

³² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 181.

³³ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

³⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 185.

³⁵ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 211.

³⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 179.

³⁷ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 211-212.

³⁸ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 38.

De fato, segundo Resek, um tratado internacional é mero instrumento, identificado não pelo seu conteúdo, mas por sua forma e processo de criação peculiares⁴⁰.

Dessa maneira, os tratados podem versar sobre diversos assuntos⁴¹, o que torna o Direito internacional mais ativo e dinâmico⁴². Estas possibilidades contribuem ainda mais com o desenvolvimento do tratado internacional, pois ele passa a ser o principal instrumento do Direito dos povos.

Por certo, existem tratados internacionais que versam sobre meio-ambiente, direito penal, asilo político, tributação, comércio exterior, nacionalidade, imigração, direitos humanos, visto internacional, acordo de paz, dentre outros temas diversos.

1.3 CONCEITO DE TRATADO INTERNACIONAL

A Convenção de Viena de 1969, a fim de evitar que suas características primordiais fossem violadas pelo Direito interno, preocupou-se em conceituar tratado internacional em seu artigo 2º, § 1º, letra a. A propósito:

“Artigo 2:

1. Para os fins da presente Convenção:

a) ‘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”⁴³.

A partir desse conceito, notam-se as principais características de um tratado: sua formalidade e potencialidade de versar sobre qualquer assunto.

³⁹ MENEZES, Celso Antonio Martins. A importância dos tratados e o ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 42, n. 166, abr./jun. 2005. p. 66.

⁴⁰ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 38.

⁴¹ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 212.

⁴² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 179.

⁴³ BRASIL. *Decreto Nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 24 de ago. de 2015.

Evidencia-se, assim, que o tratado internacional “é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”, conforme leciona Resek⁴⁴.

Portanto, esse autor reconhece a possibilidade dos Estados e das Organizações Internacionais firmarem acordos internacionais, além da força normativa que eles detêm.

Outrossim, Valério de Oliveira de Mazzuoli define tratado como “todo acordo formal, concluído entre sujeitos do Direito Internacional Público, regido pelo direito das gentes e que visa à produção de efeitos de direito para as partes-contratantes⁴⁵”.

Hildebrando Accioly, no entanto, reconhece que o tratado é um ato jurídico, mas destaca a possibilidade do acordo de ser “entre dois ou mais sujeitos de direito internacional⁴⁶”, confirmando a possibilidade dos Tratados Multilaterais.

Já Alberto do Amaral Júnior assevera que tratado “é todo acordo formal, concluído entre sujeitos de direito internacional público e destinado a produzir efeitos jurídicos⁴⁷”.

Assim, os tratados funcionam como uma norma fundamental do Direito Internacional, pois criam regras e princípios gerais para as relações entre Estados ou entre Estados e Organizações Internacionais.

No entanto, cada Estado, através de sua Constituição ou normas infraconstitucionais, irá estabelecer a forma de ingresso dos tratados em seu ordenamento jurídico interno.

No caso, o Brasil prevê o processo de integração dos tratados internacionais na Constituição Federal, apontando as entidades competentes e a sistemática adotada no ordenamento jurídico brasileiro⁴⁸.

⁴⁴ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 38.

⁴⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 187.

⁴⁶ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 156.

⁴⁷ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 48.

⁴⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 353.

1.4 TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO

Segundo Fernando Luiz Ximenes Rocha, a incorporação dos tratados internacionais pelo direito interno sempre gerou debates doutrinários⁴⁹.

De fato, para Teoria Monista, as normas internacionais se incorporam ao Direito interno automaticamente, bastando a ratificação dos tratados, ou seja, a norma internacional já está apta a produzir efeitos jurídicos no plano do Direito interno já com a ratificação dos Estados⁵⁰.

Já para a Teoria Dualista, as normas internacionais precisam tornar regras do Direito interno⁵¹, ou seja, exige-se uma dada transformação da norma exógena para endêmica, incorporando-se ao sistema jurídico interno⁵².

Nessa vertente, Resek, defende que o tratado deve “compor, desde quando vigente, a ordem jurídica nacional de cada Estado-parte⁵³”. Assim, as normas internacionais poderiam ser cumpridas pelos particulares e governantes, com vigência garantida pelo Poder Judiciário⁵⁴.

Por outro lado, no período das monarquias absolutistas, o Poder Executivo era o único ente competente para tratar das relações internacionais⁵⁵.

No entanto, para democratizar a processualística dos tratados, surgiu a necessidade de limitar a atuação do Poder Executivo na celebração das convenções, a qual

⁴⁹ ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 33, n. 130, abr./jun. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176450>>. Acesso em: 29 ago. 2015. p. 78.

⁵⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 93.

⁵¹ ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 33, n. 130, abr./jun. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176450>>. Acesso em: 29 ago. 2015. p. 78.

⁵² MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 122.

⁵³ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 102.

⁵⁴ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 102.

⁵⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 353.

resta condicionada ao consentimento do Poder Legislativo⁵⁶. Isto se deu a partir das revoluções americana e francesa, ambas datadas no século XVIII⁵⁷.

Apesar disso, as relações internacionais ainda são de responsabilidade do Poder Executivo. A diferença, nota-se, é que o Poder Legislativo precisa ser consultado antes que o tratado entre em vigor⁵⁸.

De fato, segundo Celso Albuquerque de Mello, a divisão de competências em face dos tratados internacionais pode-se dar a partir da “intervenção do Congresso em todos os tratados”, como acontece na atual Constituição brasileira⁵⁹.

Dessa forma, é indispensável, para essa corrente, a atuação conjunta dos Poderes Executivo e Legislativo, visando o reconhecimento do tratado internacional como ato jurídico eficaz⁶⁰.

Todavia, Valério de Oliveira Mazzuoli destaca que existem países os quais “dispõem expressamente quais tratados necessitam do referendo parlamentar e quais dispensam tal aprovação⁶¹”.

Com efeito, na Constituição Francesa de 1958 a atuação parlamentar é limitada a alguns tratados, sendo dispensada sua atuação nos tratados não expressos na Constituição Política⁶². A Constituição do Império do Brasil de 1824, por sua vez, adotou a mesma premissa daquela, pois a aprovação pela “Assembleia-Geral impunha-se apenas quando o tratado envolvesse cessão ou troca de território imperial [...], e desde que celebrado em tempo de paz⁶³”.

⁵⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 353-354.

⁵⁷ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 82-83.

⁵⁸ REZEK, José Francisco. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 41, n. 162, p. 121-148, abr./jun. 2004.

⁵⁹ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 229.

⁶⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 354.

⁶¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 355.

⁶² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 355.

⁶³ REZEK, José Francisco. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 41, n. 162, abr./jun. 2004. p. 122.

No que tange a definição da teoria adotada pelo sistema jurídico brasileiro – se monismo ou dualismo – a doutrina e a jurisprudência divergem em vários pontos, haja vista a falta de posicionamento da atual Constituição Federal.

Deveras, de acordo com Celso Antônio Martins Menezes, atualmente o Estado brasileiro adota o sistema defendido pela Teoria Monista⁶⁴.

Nesse ponto, Valerio de Oliveira Mazzuoli, afirma que a Suprema Corte brasileira “tem assumido a posição dualista moderada”, porque após a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional é preciso que seja promulgado internamente, mediante um decreto de execução presidencial. Porém, ressalta que a Constituição Federal de 1988 não prevê, em seus artigos, tal procedimento interno do Executivo⁶⁵.

Fenando Luiz Ximenes Rocha, inobstante, arrazoa que o Brasil adota a Teoria Dualista, segunda a qual a simples ratificação dos tratados pelo Poder Executivo não seria suficiente para os seus ingressos no ordenamento jurídico brasileiro, pois eles ainda precisam ser resolvidos pelo Congresso Nacional⁶⁶.

De fato, desde a Constituição de 1891 (art. 48, 16º)⁶⁷ – a primeira no sistema republicano de governo – se exige a participação conjunta do Executivo e do Parlamento para que o tratado internacional possa ingressar no ordenamento jurídico brasileiro⁶⁸.

Com razão, o artigo 49, inciso I e o artigo 84, inciso VIII, ambos da Constituição Federal de 1988, estabelecem competência ao Congresso Nacional e ao Presidente da República, respectivamente, no processo de celebração do tratado. De fato:

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.
[...]
Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

⁶⁴ MENEZES, Celso Antonio Martins. A importância dos tratados e o ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 42, n. 166, abr./jun. 2005. p. 73.

⁶⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 90-91.

⁶⁶ ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 33, n. 130, abr./jun. 1996. p. 78. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176450>>. Acesso em: 29 ago. 2015.

⁶⁷ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fev. de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 31 de ago. de 2015.

⁶⁸ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 56.

[...]

VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional⁶⁹”.

Com isso, o tratado, após a sua assinatura, deve primeiro ser analisado e aprovado pelo Congresso Nacional, para que seja ratificado pelo Presidente da República posteriormente.

Portanto, entende-se que a ratificação é o ato “mais importante do processo de conclusão dos tratados⁷⁰”, além de ser privativa do Chefe do Poder Executivo, “exigindo ou não a prévia autorização do Legislativo⁷¹”.

Dessa forma, compreende-se que o Presidente da República fica responsável em negociar e assinar tratados, sendo permitida a delegação destas funções. Enquanto que o Congresso Nacional tem a função de resolvê-los e aprová-los, remetendo-os ao Chefe do Poder Executivo para ratificá-los no plano internacional e promulgá-los por meio de Decreto Presidencial, a fim de que produzam efeitos no ordenamento jurídico interno⁷².

Todavia, o dinamismo do Direito internacional tem exigido uma rápida atuação dos Estados na acolhida do tratado na ordem jurídica interna. Porém, o fato do acordo internacional ser consultado pelo Legislativo antes de entrar em vigor demanda tempo, o que pode ser prejudicial em algumas situações que requerem agilidade, como nos acordos de trégua ou de cessar fogo⁷³.

Com isso, a doutrina e a jurisprudência têm admitido, em alguns casos, os acordos executivos, que visam reduzir a participação do Legislativo nas relações internacionais.

⁶⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 de setembro de 2014.

⁷⁰ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 229.

⁷¹ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 229.

⁷² LUPI, André Lipp Pinto Basto. O Brasil é dualista? Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 44, n. 184, p. 29-45, out./dez. 2009.

⁷³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 362.

1.5 OS ACORDOS EXECUTIVOS NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO

Como visto anteriormente, o Legislativo passou a exercer papel importante no plano internacional - junto com o Executivo - para democratizar a processualística dos tratados.

Contudo, as Constituições contemporâneas vêm tentando reduzir a participação dos Parlamentares no processo de celebração dos tratados, principalmente naqueles mais triviais, em que basta a participação do Executivo para se concretizarem⁷⁴.

Consoante Valério de Oliveira Mazzuoli, o Brasil tem adotado cada vez mais essa forma simplificada de acordo, em que podem ser “concluídos sem a autorização expressa e específica do Poder Legislativo⁷⁵”.

Com efeito, diversos doutrinadores brasileiros, em especial Hildebrando Accioly e José Francisco Resek, sustentam a possibilidade dos acordos executivos “quando o compromisso versa sobre matéria executiva⁷⁶”. Assim, aqueles não precisam ser submetidos pelo Parlamento⁷⁷.

Para tanto, Hildebrando Accioly justifica a teoria dos acordos executivos em razão do costume internacional, mesmo que o texto constitucional não tenha frisado este ponto expressamente⁷⁸. Ademais, argumenta que o importante é a matéria discutida no tratado, e não a forma que se deu a sua resolução⁷⁹.

Dessa forma, o acordo aprovado de forma simplificada é aquele que adotada um procedimento breve ou de único grau para sua conclusão, opondo-se ao acordo formal, que se conclui por um processo mais longo, por ser de duplo grau⁸⁰.

⁷⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 357.

⁷⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 362.

⁷⁶ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.164.

⁷⁷ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 164.

⁷⁸ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 84.

⁷⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 358.

⁸⁰ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 145.

Todavia, segundo Celso de Albuquerque Mello, os acordos executivos não impedem a ratificação dos tratados, e sim admitem que a simples assinatura do Poder Executivo seja suficiente para obrigar o Estado⁸¹.

Para José Francisco Resek, outro fundamento para a adoção dos acordos executivos no Brasil deve-se à demora do Legislativo na análise dos tratados internacionais, sendo que eles exigem decisões rápidas, por ser o Direito internacional dinâmico⁸².

Com razão, as discussões levadas ao Congresso Nacional geralmente demandam tempo, pois a diversidade dos Parlamentares pode levar a um choque de ideias, o que não é compatível com a dinâmica do Direito internacional, que depende da rapidez⁸³.

No entanto, Resek salienta que a lentidão dos Parlamentares para a aprovação dos acordos internacionais justifica-se pela indiferença do Executivo pela matéria, pois “o desempenho real do governo pela celeridade, ou a importância da matéria, tendem a conduzir o parlamento a prodígios de expediência⁸⁴”.

Por outro lado, Haroldo Valladão é o principal opositor à teoria dos acordos executivos no Direito constitucional brasileiro.

De fato, segundo ele, o Congresso Nacional é competente para aprovar toda e qualquer atuação internacional promovida pelo Executivo, pois não há previsão expressa na Constituição brasileira. Ademais, afirma que os limites de atuação do Chefe de um Estado estão previstos no ordenamento jurídico interno deste, o que foge da alçada do Direito internacional.

Mazzuoli, por sua vez, ressalta que a Constituição Federal de 1988 acrescentou como competência exclusiva do Congresso Nacional resolver acordos e atos internacionais, além dos tratados⁸⁵. Veja-se:

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

⁸¹ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 235.

⁸² REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 85.

⁸³ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 234.

⁸⁴ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 85.

⁸⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 363.

I - **resolver definitivamente sobre** tratados, **acordos** ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. [...]”⁸⁶ (grifo nosso).

Portanto, a Constituição Federal de 1988, a partir desse artigo, pretendeu manter o poder aos Parlamentares de limitar o comportamento externo do Chefe do Executivo⁸⁷.

Entretanto, extrai-se, da leitura do artigo transcrito acima, que os tratados internacionais que venham acarretar encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional não poderão ser concluídos na forma simplificada, sendo obrigatória a análise e a aprovação do Congresso Nacional⁸⁸.

Contudo, apesar de inexistir preceito expresso nesse sentido na Carta-Magna de 1988, o Ministro das Relações Exteriores do Brasil tem admitido a corrente doutrinária defendida por Hildebrando Accioly e José Francisco Resek⁸⁹.

Com isso, o Brasil adota a teoria dos acordos executivos em três situações, a saber: quando o tratado trata apenas da interpretação de cláusulas de tratados já vigentes; quando decorrem de um tratado já vigente e funcionam como seu complemento e; quando os tratados objetivam apenas deixar os já existentes no estado que se encontram ou estabelecem bases para futuros negócios⁹⁰.

No mais, a partir da leitura do artigo 49, inciso I, e do artigo 84, inciso VIII, ambos da Constituição Federal de 1988, nota-se que uma das funções do Poder Executivo é “presidir a política externa do país”, enquanto que o Legislativo exerce a função de controlar os atos do Executivo, inclusive no cenário internacional⁹¹.

⁸⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 de setembro de 2015.

⁸⁷ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 57.

⁸⁸ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 237.

⁸⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 360.

⁹⁰ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 86.

⁹¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 364.

2 O CONFLITO APARENTE ENTRE TRATADO INTERNACIONAL E A NORMA DO DIREITO INTERNO

Inicialmente, urge salientar que cabe aos Estados integrantes do Direito internacional ditar as regras entre as normas do Direito das gentes e as de produção doméstica⁹².

Com efeito, as Constituições modernas já vêm adotando em seus textos, mesmo que em pouco destaque, a maneira que se dá o ingresso do Direito internacional no ordenamento jurídico interno. No entanto, poucas dispõem sobre os conflitos entre os tratados internacionais e as normas do Direito nacional⁹³.

De fato, as Constituições que tratam do Direito internacional não apresentam sequer uma solução para eventual conflito entre as normas contidas nos tratados internacionais e as no Direito interno⁹⁴.

Ademais, segundo Hans Kelsen, o mesmo ocorre com o Direito internacional, que não prevê um processo para abolir normas do Direito nacional que violam as suas normas. Entretanto, ressalta que os Estados estão sujeitos à sanção internacional caso criem normas contrárias às normas do Direito internacional⁹⁵.

Assim, em razão do princípio do *pacta sunt servanda*, os Estados precisam cumprir os compromissos assumidos com demais países ou Organizações Internacionais, sob pena de responsabilizar-se internacionalmente⁹⁶.

Ora, os tratados internacionais são tão importantes como as leis internas, pois, igualmente, estabelecem obrigações aos Estados e, conseqüentemente, aos seus cidadãos⁹⁷.

⁹² REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 126-127.

⁹³ FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma do direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 15.

⁹⁴ ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e da nova ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 154.

⁹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 527.

⁹⁶ MENEZES, Celso Antonio Martins. A importância dos tratados e o ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 42, n. 166, p. 65-77, abr./jun. 2005.

⁹⁷ MENEZES, Celso Antonio Martins. A importância dos tratados e o ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 42, n. 166, p. 65-77, abr./jun. 2005.

Ante a omissão da maioria das Constituições, a doutrina se divide entre o dualismo e o monismo para resolver a questão do conflito entre normas convencionais e normas nacionais.

2.1 MONISMO E DUALISMO: AS FORMAS DE SOLUCIONAR OS CONFLITOS NORMATIVOS

No estudo das relações entre o Direito internacional e o Direito nacional, a doutrina se diverge quanto à teoria adotada pela legislação e pela jurisprudência, ou seja, se a Dualista ou a Monista⁹⁸.

Dessa forma, os teóricos dualistas defendem a ausência do conflito entre as normas do Direito interno e internacional. De outro lado, os monistas, em sua minoria, preconizam a supremacia do Direito interno, enquanto que a maioria é a favor da supremacia do Direito internacional⁹⁹.

Segundo Celso Antonio Martins Menezes, o Monismo com primazia no Direito interno “parte do princípio de que os Estados são absolutamente soberanos”, ou seja, não há outro sistema jurídico que não seja aquele advindo da vontade dos Estados¹⁰⁰.

Para Mirtô Fraga, por sua vez, o Monismo com primazia no Direito internacional é aquele que “o Direito Internacional, é superior e a outra, direito interno, é subordinada¹⁰¹”.

O artigo 27, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, confirma os teóricos monistas que apregoam a supremacia do Direito internacional sobre o Direito interno. Veja-se:

“Artigo 27: Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.¹⁰²”

⁹⁸ LUPI, André Lipp Pinto Basto. O Brasil é dualista? Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 44, n. 184, p. 29-45, out./dez. 2009.

⁹⁹ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 145.

¹⁰⁰ MENEZES, Celso Antonio Martins. A importância dos tratados e o ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 42, n. 166, p. 65-77, abr./jun. 2005.

¹⁰¹ FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma do direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 8.

¹⁰² BRASIL. *Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, 2009. Disponível em:

Assim, pela leitura do dispositivo convencional acima, nota-se que qualquer norma advinda do Direito internacional é superior às normas do sistema jurídico interno¹⁰³.

Portanto, o artigo 27, da Convenção de Viena, consagrou a supremacia do Direito internacional sobre o Direito interno, em caso de conflito entre eles¹⁰⁴.

Francisco Resek, por sua vez, afirma que o Direito internacional não possui norma que assegura sua primazia ante as normas do Direito interno. Assim, são os próprios Estados responsáveis em integrar o Direito internacional às suas normas e, conseqüentemente, determinar o *status* da norma expressa nos tratados. Constata, portanto, que as Leis Fundamentais dos países não arriscariam sua segurança e estabilidade em favor dos compromissos internacionais¹⁰⁵.

Diante disso, os Estados adotam critérios não uniformes para a solução dos conflitos entre os direitos. Assim, há Estados que defendem a visão global do Direito internacional e do Direito nacional, sem impor a primazia de um sobre o outro; há países que, em contrário, instituem a supremacia do Direito internacional, apesar de aceitar a visão global dos direitos; outros, por sua vez, incorporam o direito internacional obrigatoriamente, porém de forma não automática; e, ainda, há aqueles que se submetem ao Direito internacional, mas que a integralização pelo Direito interno não está prevista na Constituição¹⁰⁶.

George Rodrigo Bandeira Galindo, de outro lado, afirma que, em relação aos tratados, as Constituições podem ser delineadas em quatro grupos. Portanto, há Constituições que são omissas quanto à implementação dos tratados; outras Cartas preveem a obrigatoriedade dos tratados, mas não lhes garante superioridade hierárquica em comparação com as leis ordinárias; há Leis Fundamentais que estabelecem a suprallegalidade, ou seja, que os tratados são superiores às leis internas; e, por fim, aquelas Constituições que permitem os tratados de modificar ou revisar normas constitucionais¹⁰⁷.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso: 24 de ago. de 2015.

¹⁰³ PACÍFICO, Amdrea Maria Calazans Pacheco. *Os tratados internacionais e o direito constitucional brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 30.

¹⁰⁴ FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma do direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 33.

¹⁰⁵ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 127.

¹⁰⁶ FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma do direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 15.

¹⁰⁷ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 170.

Hans Kelsen, no entanto, defende que, em caso de conflito entre as normas do Direito internacional e as leis do Direito nacional, o aplicador do Direito pode recusar-se a considerar tais leis, da mesma forma que ocorre com as leis inconstitucionais¹⁰⁸.

Kelsen, portanto, proclama a primazia do direito internacional sobre o direito interno, construindo uma das teses mais aceitas pelos doutrinadores do direito atual¹⁰⁹.

Mariângela Ariosi, no entanto, apresenta duas formas de solucionar os conflitos entre os tratados internacionais e as leis internas: ou as normas do direito internacional prevalecem sobre as normas internas, ou estas sobressaem aquelas¹¹⁰.

Para Andrea Pacheco Pacífico, o Direito internacional, em regra, prevalece sobre o Direito interno, exceto quando se contrapõe com o Texto Magno dos Estados, que sobrepõe às normas internacionais¹¹¹.

Celso de Albuquerque Mello, por outro lado, entende que o ordenamento jurídico interno deve-se pautar pelo Direito internacional. A propósito:

“As normas internacionais, na sua maioria, são dirigidas aos Estados, pessoas internacionais; assim sendo, todo ordenamento jurídico estatal deve se conformar ao DI. Seria impossível existirem, em última análise, duas ordens jurídicas contraditórias e válidas ao mesmo tempo. Seria negar a unidade do Direito. E mais ainda uma ordem jurídica é sempre superior aos sujeitos de direito [...]”¹¹².

Em contrapartida, Francisco Resek sustenta que em muitos países os tratados prevalecem sobre as leis internas, em caso de conflito. Entretanto, em outros Estados, incluindo o Brasil, apenas equipara os tratados às normas internas, ocupando, ambos, grau equivalente¹¹³.

¹⁰⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 529.

¹⁰⁹ PACÍFICO, Andrea Maria Calazans Pacheco. *Os tratados internacionais e o direito constitucional brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 19.

¹¹⁰ ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e da nova ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 154.

¹¹¹ PACÍFICO, Andrea Maria Calazans Pacheco. *Os tratados internacionais e o direito constitucional brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 19.

¹¹² MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 127.

¹¹³ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 127-128.

2.2 O CONFLITO APARENTE DE NORMAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Na história das Constituições brasileiras, nota-se que nenhum texto constitucional orienta como se dá a solução dos conflitos entre as normas internacionais e as normas internas e nem trata se há ou não hierarquia entre os tratados e as leis internas¹¹⁴.

Outrossim, a Constituição Federal de 1988 manteve-se silente quanto à posição dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. Esta omissão constitucional que faz surgir conflitos entre as normas do Direito interno e as do Direito internacional.

De fato, o artigo 59, da Constituição Política de 1988, ao tratar do Processo Legislativo interno, elenca uma série de instrumentos normativos do sistema jurídico brasileiro, porém, não menciona, em seus incisos, os tratados internacionais em nível hierárquico, mesmo que não haja hierarquia entre tais normas, uma vez que a Lei Maior é a própria Constituição, enquanto que as demais leis possuem o mesmo nível hierárquico¹¹⁵.

Portanto, não há na Constituição Federal de 1988 nenhum dispositivo que afirma a prevalência dos tratados ou das leis em eventual conflito. Exceto, porém, o Código Tributário Nacional que, em âmbito tributário, reconhece expressamente a primazia dos tratados sobre as normas do direito interno.

Assim, coube à jurisprudência brasileira responder as questões quanto aos conflitos entre os tratados internacionais e as leis internas, que, por sua vez, são criticadas pela doutrina nacional¹¹⁶.

De fato, o Supremo Tribunal Federal – STF - já discutia o conflito entre tais normas antes mesmo da promulgação da atual Carta Política brasileira.

Com efeito, o Supremo julgou vários casos envolvendo o conflito entre os tratados internacionais e as leis internas. Porém, foi apenas no julgamento do Recurso

¹¹⁴ ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e da nova ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 158-159.

¹¹⁵ PACÍFICO, Amdrea Maria Calazans Pacheco. *Os tratados internacionais e o direito constitucional brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 28.

¹¹⁶ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 171.

Extraordinário n. 80.004/SE que a Corte analisou a matéria por complemento, resolvendo, portanto, o conflito entre tais normas, com a adoção da regra *lex posterior derogat priori*¹¹⁷.

No RE n. 80.004/SE, o Recorrente, buscava a invalidade do Decreto-lei nº 427/69, uma vez que previa a nulidade das letras de câmbio que não fossem levadas ao registro que as instituiu, exigência não prevista na Convenção de Genebra, que estabeleceu Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias¹¹⁸.

Na decisão proferida pelo STF no RE n. 80.004/SE, no dia 01.06.1977, firmou-se entendimento jurisprudencial no sentido de que os tratados internacionais e as leis internas são equivalentes, nos termos da seguinte ementa:

“CONVENÇÃO DE GENEBRA – LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS – AVAL APOSTO A NOTA PROMISSÓRIA NÃO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE DE SER AVALISTA ACIONADO, MESMO PELAS VIAS ORDINÁRIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI Nº 427, DE 22.01.1969.

Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-lei n. 427/1969, que institui o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título.

Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi apostado.

Recurso extraordinário conhecido e provido¹¹⁹”.

Dessa forma, a maioria do Supremo reconheceu a regra da lei posterior revogar a lei anterior e a prevalência do Decreto-Lei n. 427/69 em detrimento do tratado, pois a Constituição não fala expressamente da prevalência dos tratados, não podendo, portanto, inferir o contrário¹²⁰.

¹¹⁷ FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma do direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 109.

¹¹⁸ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 175.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.004/SE*. Tribunal Pleno. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Brasília, 01 de jun. 1977. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

¹²⁰ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 176.

Decerto, o Ministro Cordeiro Guerra, em seu voto, baseou-se na teoria dualista¹²¹ para argumentar que os tratados internacionais devidamente promulgados ingressam no ordenamento jurídico brasileiro com força de lei, assim, aqueles não são superiores às normas do Direito interno por omissão constitucional¹²².

Outrossim, o Ministro Rodrigues de Alckmin, em sua manifestação, pautou-se pela teoria monista¹²³ para equiparar a força dos tratados internacionais a das leis internas. Assim, destaca que “na contradição entre o tratado anterior e a lei interna posterior, tenho como certa a validade desta”¹²⁴.

Já o Ministro Thompson Flores, em sua deliberação, afirma que não há previsão expressa na Constituição quanto à prevalência dos tratados ante as leis internas, além do sistema brasileiro não comportar a supremacia dos tratados sobre as leis¹²⁵.

O Relator, o Ministro Xavier de Albuquerque, por sua vez, em seu voto, defende a primazia do direito internacional sobre as leis internas. Com isso, adotou a teoria monista, com primazia do direito internacional, para justificar seu voto¹²⁶.

Já o Ministro Leitão de Abreu adota a teoria monista¹²⁷. Para tanto, afirma que a lei posterior não revoga o tratado anteriormente promulgado, porque aquela apenas

¹²¹ FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma do direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 112.

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.004/SE*. Tribunal Pleno. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Voto do Min. Cordeiro Guerra. Brasília, 01 de jun. 1977. p. 961-968. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

¹²³ FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma do direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 112.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.004/SE*. Tribunal Pleno. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Voto do Min. Rodrigues de Alckmin. Brasília, 01 de jun. 1977. p. 997-998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.004/SE*. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Voto do Ministro Thompson Flores. Tribunal Pleno em Brasília, 01 de jun. 1977. p. 1018-1019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.004/SE*. Tribunal Pleno. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Voto do Min. Xavier de Albuquerque. Brasília, 01 de jun. 1977. p. 1018-1019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

¹²⁷ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 97.

afasta as normas incompatíveis desta. Dessa forma, caso a lei posterior que impediu a vigência total do tratado vier a ser revogada, o tratado poderá voltar a ser aplicado¹²⁸.

Portanto, os Ministros Cordeiro Guerra, Rodrigues Alckmin e Thompson Flores equipararam os tratados internacionais e as leis internas, não havendo superioridade entre elas.

Assim, tais Ministros adotaram o princípio da *lex posterior derogat priori*, ou seja, a lei posterior revoga a anterior. No caso, a promulgação da Convenção de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias foi anterior ao Decreto-Lei n. 427/69, o que acabou sendo revogada por esta, no entendimento da Suprema Corte¹²⁹.

Com isso, a partir do RE 80.004/SE, o Supremo Tribunal Federal passou “a aplicar princípios como o da especialidade. Isto permitiu que diversos tratados, especialmente nas áreas de extradição e tributária, prevalecessem mesmo sobre as leis mais recentes, em virtude de conterem normas especiais¹³⁰”.

Dessa forma, não obstante a violação do tratado e a possibilidade de responsabilização no plano internacional, o STF, por meio do RE n. 80.004/SE, assentiu que a lei posterior, por ser a última vontade do legislador, prevalece em caso de conflito com convenções internacionais¹³¹.

Em suma, o Supremo Tribunal Federal adota, portanto, a teoria do monismo moderado, uma vez que o tratado ingressa no ordenamento interno com a mesma hierarquia da lei ordinária. Agora, em caso de conflito, a norma posterior prevalece sobre a anterior¹³².

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário Nº 80.004/SE*. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Voto do Ministro Leitão de Abreu. Tribunal Pleno em Brasília, 01 de jun. 1977. p. 1018-1019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

¹²⁹ FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma do direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 112.

¹³⁰ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 178.

¹³¹ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 129.

¹³² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 19.

2.3 CRÍTICAS DOUTRINÁRIAS EM FACE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 80.004/SE

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal defendeu, por muito tempo, a primazia do Direito internacional sobre o Direito interno e, conseqüentemente, na preponderância dos tratados em face das leis nacionais, acolhendo o monismo radical¹³³.

No entanto, como estudado anteriormente, a Suprema Corte, no RE n. 80.004/SE, consolidou a jurisprudência no sentido de equiparar a força dos tratados com a das leis nacionais, passando a aderir ao monismo moderado.

Dentre os poucos doutrinadores que concordam com esse paradigma firmado pelo Supremo, Jacob Dolinger se destaca como o principal defensor. Alega, para tanto, que não existe incoerência na referida jurisprudência.

De fato, Jacob Dolinger afirma que o posicionamento do STF a partir do RE 80.004/SE não ocasionou mudanças no debate sobre o conflito entre leis e tratados¹³⁴.

Segundo Jacob Dolinger, o resultado do julgamento do RE 80.004/SE não acarreta a responsabilidade do Estado brasileiro diante da comunidade internacional, pois é irrelevante para o Direito internacional o descumprimento da convenção em prol de um câmbio de circulação interna¹³⁵.

Dolinger completa, ainda, que não houve retrocesso por parte do STF, pois os julgados anteriores ao que instrumentalizou o conflito entre as normas internacionais e as internas não podem ser vistos como posição do Supremo, uma vez que tratavam de temas específicos, e não estritamente da oposição entre tais normas¹³⁶.

Com efeito, segundo Dolinger, antes do relatado Recurso Extraordinário, a jurisprudência brasileira sempre foi silente ao assunto por ora discutido, não dispondo em nenhum momento sobre a hierarquia dos tratados sobre as leis promulgadas posteriormente, salvo nos casos dos tratados-contratos.

¹³³ ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e da nova ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 183.

¹³⁴ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 182-183.

¹³⁵ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 99.

¹³⁶ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 99-100.

Assim, Dolinger conclui que as decisões do Supremo Tribunal Federal posteriores¹³⁷ ao RE n. 80.004/SE mantiveram o entendimento de que os tratados e as leis possuem o mesmo tratamento, mas que, em caso de conflito, o posterior revoga o anterior¹³⁸.

Conquanto, alguns doutrinadores internacionalistas são contrários ao posicionamento do Guardião da Constituição firmado no RE n. 80.004/SE, que, apesar de tudo, se mantém até hoje como instrumento para a solução de conflitos entre os tratados internacionais e as leis internas.

Tais doutrinadores sustentam, ainda, que, antes do RE n. 80.004/SE, a Suprema Corte apoiava a doutrina monista, mas com primazia do Direito internacional e que, em consequência, a lei era preterida pelos tratados, mesmo os anteriores¹³⁹.

O expoente contrário ao posicionamento do Supremo é o respeitável internacionalista Celso Albuquerque de Mello.

Com efeito, Celso Albuquerque de Mello critica veemente a jurisprudência brasileira em relação à resolução do conflito entre normas internacionais e normas nacionais, principalmente após a prevalência concedida pelo RE n. 80.004/SE às leis posteriores em face dos tratados internacionais, por considerá-la um retrocesso. Segundo ele, o STF utilizou doutrinadores arcaicos da teoria dualista, como é o caso de Triepel, para fundamentar sua posição¹⁴⁰.

Ademais, Celso Albuquerque de Mello desaprova a competência do STF em declarar a inconstitucionalidade dos tratados internacionais - mesmo que nunca tenha declarado -, pois defende que cabe ao executivo denunciar as convenções que considerar defasadas. Justifica, ainda, que o tratado perde força quando a lei posterior o revoga, além de contrariar acordos já firmados no plano internacional¹⁴¹.

¹³⁷ Ver RE 84.372, RTJ 83/194, julgado em 24 set. de 1976 e o RE 82.515, RTJ 88/205, julgado em 11 de abr. de 1978.

¹³⁸ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 101.

¹³⁹ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 182.

¹⁴⁰ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 131.

¹⁴¹ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 131.

Apesar das críticas formuladas por Celso de Albuquerque de Mello, o posicionamento dominante do Supremo é ainda em favor da equiparação entre tratado e lei interna e, no caso de conflito, na supremacia do ulterior.

2.4 OS TRATADOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO

Como debatido anteriormente, a Constituição Federal de 1988 manteve-se omissa quanto à hierarquia dos tratados internacionais ao ingressar no ordenamento brasileiro. Outrossim, não prevê o meio de solucionar eventual conflito entre tais normas.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal, no RE n. 80.004/SE, firmou entendimento no sentido de que os tratados internacionais ingressam no ordenamento jurídico interno com a mesma força que as leis ordinárias, sendo que, em caso de conflito, a mais recente prevalecerá sobre a mais defasada.

A Suprema Corte afastou, portanto, a primazia do Direito internacional sobre o Direito nacional, tão defendida pelos internacionalistas.

Todavia, o Código Tributário Nacional (CTN) apresenta-nos uma exceção ao monismo moderado, pois reconhece a primazia do Direito internacional sobre o Direito interno¹⁴².

Com efeito, o artigo 98, do CTN, diz que “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha¹⁴³”.

Extrai-se, portanto, que o legislador conferiu aos tratados internacionais que versam sobre matéria tributária primazia em face de toda legislação interna. O CTN possibilita, ainda, que os tratados modifiquem e revoguem leis internas, sendo vedado o contrário¹⁴⁴.

¹⁴² REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 130.

¹⁴³ BRASIL. *Lei 5.172, de 25 de out. de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 05 de set. de 2015.

¹⁴⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Eficácia e aplicabilidade dos tratados em matéria tributária no direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 44, n. 175, p. 155-162, jul./set. 2007. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/141296>>. Acesso em: 12 de set. de 2015.

Diante disso, nota-se a intensão do legislador em hierarquizar os tratados sobre matéria tributária, mas dentro do direito fiscal¹⁴⁵.

Entretanto, de acordo com Valério de Oliveira Mazzuoli, o artigo 98, do CTN, atribuiu ao tratado sobre matéria tributária *status* de supralegalidade no sistema normativo tributário, por isso é possível que revogue e modifique qualquer norma interna infraconstitucional de forma automática, após sua incorporação no ordenamento jurídico brasileiro¹⁴⁶.

Em contrapartida, vários doutrinadores do Direito Tributário criticam as regras trazidas pelo artigo 98, do CTN. As críticas variam desde o termo “revogam”, expresso no texto tributarista e passam pela defesa da maioria pela inconstitucionalidade do preceito legal¹⁴⁷.

Com efeito, daqueles que divergem quanto à expressão “revogam”, previsto no texto do artigo 98, do CTN, Alberto Xavier se destaca. De fato, segundo ele, o termo revogação das leis internas pelos tratados internacionais está equivocado, porque o correto seria derrogação, uma vez que a lei interna está relativamente inaplicável a algumas situações e pessoas¹⁴⁸.

Hugo de Brito Machado, por sua vez, reconhece o uso incorreto do vocábulo “revogam”, pois argumenta que um tratado não está apto a revogar e nem a modificar lei interna, já que quando aquele é denunciado, a legislação interna será restabelecida, com pleno vigor. Assim, conclui que o objetivo do Código Tributário Nacional é garantir a preponderância dos tratados internacionais de matéria tributária sobre qualquer lei interna, independentemente se predecessor ou se ulterior¹⁴⁹.

¹⁴⁵ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*: parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 102.

¹⁴⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Eficácia e aplicabilidade dos tratados em matéria tributária no direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 44, n. 175, p. 155-162, jul./set. 2007. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/141296>>. Acesso em: 12 de set. de 2015.

¹⁴⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Eficácia e aplicabilidade dos tratados em matéria tributária no direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 44, n. 175, p. 155-162, jul./set. 2007. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/141296>>. Acesso em: 12 de set. de 2015.

¹⁴⁸ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional no Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.p. 91.

¹⁴⁹ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.p. 90.

Outrossim, Valério de Oliveira Mazzuoli concorda que a palavra revogação utilizada pelo CTN deve ser interpretada como derrogação, em razão do tratado revogar parcialmente uma lei¹⁵⁰.

Logo, a doutrina tem pacificado que o artigo 98, do CTN, traz uma forma de derrogação das leis nacionais pelos tratados, porque o que ocorre é a paralisação da eficácia da norma interna, nas hipóteses previstas na convenção ratificada e, por ventura, até sua denúncia¹⁵¹.

Quanto a aparente inconstitucionalidade do artigo 98, do CTN, o expoente seria George Rodrigo Bandeira Galindo, pois, segundo ele, apenas a Constituição Federal deve estabelecer a hierarquia das normas jurídicas¹⁵².

Assim, como o Texto Constitucional não se posiciona quanto à hierarquia dos tratados no ordenamento jurídico interno, todos eles deveriam ser equiparados às leis, inclusive aqueles tratados que versam sobre matéria tributária, independente da autorização de lei complementar. Portanto, George Galindo defende a inconstitucionalidade do preceito previsto no CTN, já que cria regra de não prevista na Constituição¹⁵³.

Todavia, Valério de Oliveira Mazzuoli contesta tal posição. Justifica-se, para tanto, que a o Código Tributário Nacional foi recepcionado pela atual Constituição com *status* de lei complementar e, então, tem a função de complementar as normas constitucionais. Ademais, afirma que a própria Constituição Federal, em seu artigo 146, inciso III, prevê que a lei complementar será responsável por estabelecer regras gerais em matéria tributária¹⁵⁴.

Dessa forma, se a lei que violar tratado sobre matéria tributária poderá ser declarada inconstitucional, não por violar normas constitucionais, mas sim leis

¹⁵⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Eficácia e aplicabilidade dos tratados em matéria tributária no direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 44, n. 175, p. 155-162, jul./set. 2007. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/141296>>. Acesso em: 12 de set. de 2015.

¹⁵¹ GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna*. São Paulo: Dialética, 1999.p. 113.

¹⁵² GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 178.

¹⁵³ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 178-179.

¹⁵⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Eficácia e aplicabilidade dos tratados em matéria tributária no direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 44, n. 175, p. 155-162, jul./set. 2007. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/141296>>. Acesso em: 12 de set. de 2015.

complementares definidas pela Constituição Política como competentes para regular regras gerais do direito tributário¹⁵⁵.

De fato, Carlo Mário da Silva Velloso explica que o artigo 18, § 1º, da Constituição de 1967, predizia que regras gerais sobre direito tributário seriam estabelecidas por lei complementar e, conseqüentemente, estipular a primazia do tratado sobre direito tributário sobre a legislação interna¹⁵⁶.

Marcos Aurélio Pereira Valadão, não obstante, afirma que não é caso de inconstitucionalidade, uma vez que a Constituição recepcionou o CTN como Lei Complementar, portanto, este complementa aquela, dando-lhe eficácia plena¹⁵⁷.

Ressalta-se, todavia, que o Supremo Tribunal Federal, em julgados recentes, tem restringido a aplicabilidade do artigo 98, do CTN, “aos chamados tratados-contrato, e não aos tratados-lei¹⁵⁸”.

Os tratados-contrato são aqueles acordos bilaterais que não criam uma norma geral e abstrata do Direito internacional propriamente dita, mas consiste tão somente na relação “recíproca e concreta das respectivas prestações e contraprestações individuais com fins comuns¹⁵⁹”.

Os tratados-lei, por sua vez, são aqueles que criam normas gerais no Direito das gentes, mediante acordos multilaterais, em regra¹⁶⁰.

Desse modo, a Suprema Corte passou a sustentar essa tese no próprio RE n. 80.004/SE, durante o voto de alguns Ministros¹⁶¹.

¹⁵⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Eficácia e aplicabilidade dos tratados em matéria tributária no direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 44, n. 175, p. 155-162, jul./set. 2007. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/141296>>. Acesso em: 12 de set. de 2015.

¹⁵⁶ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 41, n. 162, p. 35-45, abr./jun.2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/946>>. Acesso em: 12 de set. de 2015.

¹⁵⁷ VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. *Limitações constitucionais ao poder de tributar e tratados internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 291.

¹⁵⁸ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 179.

¹⁵⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Eficácia e aplicabilidade dos tratados em matéria tributária no direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 44, n. 175, p. 155-162, jul./set. 2007. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/141296>>. Acesso em: 12 de set. de 2015.

¹⁶⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Eficácia e aplicabilidade dos tratados em matéria tributária no direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 44, n. 175, p. 155-162, jul./set. 2007. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/141296>>. Acesso em: 12 de set. de 2015.

Deveras, o Ministro Cunha Peixoto, em seu voto, aponta que o artigo 98, do CTN, impossibilita a revogação dos tratados por lei interna por serem tratados-contrato, “que deve ser respeitado pelas partes¹⁶²”.

O Ministro Rodrigues Alckmin, outrossim, compreende que o artigo 98, do CTN, restringe-se aos tratados-contrato, não abrangendo os tratados-normativos, em razão de ausência de previsão constitucional¹⁶³.

Contudo, Valério de Oliveira Mazzuoli critica veemente a posição adotada pelo Supremo. Segundo ele, o artigo 98, do CTN, não faz referência a qual tratado prevalece sobre as normas internas, assim, a interpretação deve ser extensiva, ou seja, englobar todos os tratados internacionais que versem sobre direito tributário¹⁶⁴.

De qualquer forma, o tratado de direito tributário sobressai em face das leis tributárias internas posteriores e derrogam as normas infraconstitucionais anteriores, ficando estas com aplicabilidade e eficácia suspensas, apesar de continuarem a existir no ordenamento jurídico.

Dessarte, solucionado aparentemente o conflito entre os tratados internacionais e as leis internas e apresentado uma das exceções ao monismo moderado – os tratados internacionais que versam sobre direito tributário -, a Suprema Corte passou a analisar a hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos, principalmente após a edição dos §§ 2º e 3º, ambos do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, criando a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e o bloco de constitucionalidade.

¹⁶¹ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 179.

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.004/SE*. Tribunal Pleno. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Voto do Ministro Cunha Peixoto. Brasília, 01 de jun. 1977. p. 954-955. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.004/SE*. Tribunal Pleno. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Voto do Ministro Rodrigues Alckmin. Brasília, 01 de jun. 1977. p. 996-997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

¹⁶⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Eficácia e aplicabilidade dos tratados em matéria tributária no direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 44, n. 175, p. 155-162, jul./set. 2007. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/141296>>. Acesso em: 12 de set. de 2015.

3 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Nos capítulos anteriores, estudamos os tratados internacionais gerais, desde a incorporação até a resolução de eventuais conflitos com as normas do Direito interno.

Nesse capítulo, por outro lado, abordaremos os tratados internacionais de direito humanos, que possuem um tratamento especial no ordenamento jurídico brasileiro devido os §§ 2º e 3º, ambos do artigo 5º, da Constituição Federal.

Portanto, será levantado a atual hierarquia das normas jurídicas no ordenamento brasileiro, apontando as divergências doutrinárias e jurisprudências quanto à matéria, além das consequências jurídicas advindas pelo posicionamento do Supremo quanto ao tema.

3.1 OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 ficou mundialmente conhecida como Constituição Cidadã por destacar, logo de início, o princípio da dignidade da pessoa humana e elencar os direitos fundamentais¹⁶⁵.

De fato, a Carta Magna de 1988 é considerada um marco para a reinserção da democracia e a consolidação dos direitos humanos no Brasil. Porém, não basta garantir tais direitos, é preciso protegê-los. E, para tanto, é importante estudar como os tratados internacionais que protegem os direitos humanos são incorporados ao Direito brasileiro e se possuem *status* hierárquico diferenciado no ordenamento jurídico nacional¹⁶⁶.

3.1.1 A institucionalização dos direitos e das garantias fundamentais a partir da Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 inovou em comparação com as demais por

¹⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 102.

¹⁶⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 66.

dar mais atenção aos princípios e direitos fundamentais, principalmente aqueles que versam sobre a dignidade da pessoa humana¹⁶⁷.

Deveras, o avanço constatado a partir da atual Constituição brasileira é em razão da confirmação “dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana”, além do Texto Magno ser o principal instrumento para assegurar tais pretensões¹⁶⁸.

Com efeito, logo em seu artigo 1º, inciso III, a Carta Magna de 1988 estabelece que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos constitucionais da República Federativa do Brasil. A propósito:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;¹⁶⁹”

Portanto, esse princípio constitucional tem o intuito de nortear as demais normas infraconstitucionais, para que estas não contradizem com a dignidade da pessoa humana.

O artigo 4º, inciso II, da Lei Maior brasileira, por sua vez, leciona os princípios que a República Federativa do Brasil rege-se em suas relações internacionais, dentre as quais o princípio da prevalência dos direitos humanos. Veja-se:

“Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

II - prevalência dos direitos humanos;

[...]”¹⁷⁰

A inserção desses incisos pelo Constituinte brasileiro demonstra a reconstrução do Estado brasileiro - após um longo período de Ditadura Militar - e a redemocratização do Brasil, em razão da preocupação em proteger a dignidade da pessoa

¹⁶⁷ PINHEIRO, Carla. *Direito internacional e direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 15.

¹⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 135.

¹⁶⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 de setembro de 2015.

¹⁷⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 de setembro de 2015.

humana e a elevando ao patamar de fundamento constitucional¹⁷¹.

Portanto, a partir desses dispositivos constitucionais, o sistema normativo brasileiro deve observar os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, tanto no processo de elaboração das normas jurídicas, como na interpretação destas¹⁷².

3.1.2 Os direitos humanos e os direitos fundamentais: os §§ 1º e 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988

A fim de enaltecer a proteção à dignidade da pessoa humana, a Carta Constitucional de 1988 prevê que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil estão na mesma categoria dos Direitos Fundamentais, possuindo, portanto, aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, §§1º e 2º. Veja-se:

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

[...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 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 parte¹⁷³”.

Com isso, a Constituição passou a garantir a aplicabilidade imediata das normas que tratam dos Direitos Fundamentais, abarcando, inclusive, aqueles advindos de tratados internacionais. Portanto, os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos que o Brasil é signatário podem ser invocados imediatamente, ou seja, sem a obrigatoriedade do ato legislativo, pois a incorporação é automática¹⁷⁴.

Ao instituir o princípio da aplicabilidade imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, o Constituinte de 1988 objetivou reconhecer o caráter

¹⁷¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 37, n. 147, p. 179-200, jul./set. 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/618>>. Acesso em: 09 de set. 2015.

¹⁷² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 28.

¹⁷³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 de setembro de 2015.

¹⁷⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 152.

preceptivo de tais normas¹⁷⁵.

De certo, Flávia Piovesan salienta que o princípio da aplicabilidade imediata prevista no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, visa reforçar a importância das normas que dispõe sobre direitos e garantias fundamentais¹⁷⁶.

Portanto, os juízes não precisam esperar o Legislativo regulamentar os direitos e as garantias fundamentais, eles já podem concretizá-los pela interpretação mais favorável aos direitos humanos, além de recusar a aplicação de leis contrárias ao sentido constitucional daqueles¹⁷⁷.

No entanto, Celso Ribeiro Bastos ressalta que o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, deixará de ser observado quando a norma constitucional expressar a necessidade de uma lei integradora e quando o “vazio semântico tamanho que torne o preceito absolutamente dependente de uma integração normativa¹⁷⁸”.

Por outro lado, o objeto de estudo do Direito internacional público geral é diferente do Direito internacional dos direitos humanos. De fato, enquanto aquele visa tratar das relações de cooperação e reciprocidade entre Estados e Organizações Internacionais, o Direito internacional dos direitos humanos pretende garantir a dignidade da pessoa humana¹⁷⁹.

Ademais, nota-se que a atual Constituição brasileira associa os direitos fundamentais aos direitos humanos, seguindo o critério adotado pelo direito constitucional contemporâneo¹⁸⁰.

Não obstante, Carla Pinheiro afirma que os direitos humanos e os direitos fundamentais possuem conceitos próprios, pois aqueles são “inerentes a todos os seres humanos, sem qualquer discriminação”, enquanto que os Direitos Fundamentais são

¹⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 154.

¹⁷⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 97-98.

¹⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 154.

¹⁷⁸ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 393.

¹⁷⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 77.

¹⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 25-26.

peculiares aos indivíduos vinculados a determinado Estado¹⁸¹.

Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, os direitos humanos e os direitos fundamentais se comunicam entre si, pois há interação mútua entre eles. Paulo Gustavo completa, ainda, que os direitos humanos “é empregada para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional”, enquanto que os direitos fundamentais são aqueles “que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra¹⁸²”.

André de Carvalho Ramos, por sua vez, destaca que o Direito internacional “dos Direitos Humanos consiste no conjunto de normas internacionais que estipula direitos essenciais do ser humano e se beneficia de garantias internacionais institucionalizadas¹⁸³”.

De acordo com Amélia Regina Mussi Gabriel, os direitos humanos “foram concebidos pelos fundadores do Direito Internacional como a forma de proteger os mais fracos e vulneráveis, resguardando-lhes seus direitos e garantias em face das várias arbitrariedades cometidas no decorrer da história¹⁸⁴”.

Em contrapartida, Ingo Wolfgang Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana como:

“[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁸⁵” (grifo do autor).

De outra parte, Antônio Enrique Pérez Luño define direitos humanos como:

¹⁸¹ PINHEIRO, Carla. *Direito internacional e direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 22.

¹⁸² MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 147.

¹⁸³ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 27.

¹⁸⁴ GABRIEL, Amélia Regina Mussi. Hierarquia jurídica da norma internacional de direitos humanos em face do art. 5º, § 3º, da Constituição brasileira. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 42, n. 165, p. 255-266, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/395>>. Acesso em: 09 de set. 2015.

¹⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 59-60.

“[...] um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e das igualdades humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional¹⁸⁶”. (Tradução nossa)

Logo, os direitos humanos para Pérez Luño é concretizado com a evolução da sociedade e, portanto, precisam ser incorporados ao ordenamento jurídico interno.

Ora, a institucionalização dos direitos humanos no Estado brasileiro está estritamente relacionada com o aumento da ratificação dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, tanto que a maioria dos textos internacionais que visam a proteção destes direitos foram ratificados pelo Brasil, tais como a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948); a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998); a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003), dentre outras convenções¹⁸⁷.

De fato, a Constituição brasileira de 1988, ao dar relevância aos direitos humanos, contribuiu com a incorporação de tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro¹⁸⁸.

Além disso, extrai-se da leitura do artigo 5º, § 2ª, da Constituição Federal, que há três vertentes que classificam os direitos e as garantias fundamentais no Brasil. Por certo, a primeira vertente é a dos direitos fundamentais expressos na Carta Magna, seja nos incisos do seu artigo 5º ou em outros de seu dispositivo, como é o caso do art. 150, III, *b*. A segunda vertente é a dos direitos fundamentais implícitos, que são aqueles decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta Maior. Por fim, a terceira vertente é a dos direitos fundamentais previstos nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil¹⁸⁹.

Destarte, enquanto os direitos fundamentais implícitos são vagos e imprecisos, os direitos fundamentais expressos na Constituição e os decorrentes dos tratados

¹⁸⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003. p. 48.

¹⁸⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/739>>. Acesso em: 09 de set. 2015.

¹⁸⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 104.

¹⁸⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 29.

internacionais de direitos humanos que o Brasil faz parte são claros e precisos¹⁹⁰.

Portanto, a Carta Magna de 1988 inovou ao proteger constitucionalmente os tratados internacionais que defendem os direitos e as garantias fundamentais e que foram ratificados pelo Brasil¹⁹¹.

Assim, os direitos fundamentais no Brasil são agrupados pelo seu conteúdo, referindo-se “à natureza do bem protegido e do objeto de tutela¹⁹²”.

Todavia, Moreira Alves defende que “o § 2.º do art. 5.º só se aplica aos Tratados anteriores à CF/88”, e não aos tratados posteriores, pois estes desempenhariam função de Emenda Constitucional, já que seriam capazes de modificar a Constituição¹⁹³.

De fato, para Moreira Alves, os tratados não tem a força de emendar a Carta Magna e nem podem ser petrificados por antecipação¹⁹⁴.

Entretanto, Valerio de Oliveira Mazzuoli sustenta que os direitos e as garantias fundamentais previstos nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil são cláusulas pétreas, em razão da aplicabilidade imediata defendida pelo art. 5º, § 1º, da Constituição Federal¹⁹⁵.

Mazzuoli, outrossim, reconhece que os tratados definidos pelo artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, não podem emendar a Carta Política, mas admite, por sua vez, a aplicação deles em caso de conflito com norma constitucional menos benéfica, desde que versem sobre o mesmo assunto e de forma favorável às pessoas¹⁹⁶.

¹⁹⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 120.

¹⁹¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 114.

¹⁹² SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 183.

¹⁹³ ALVES, José Carlos Moreira. Conferência inaugural – XXII Simpósio Nacional de Direito Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Imunidades tributárias*. São Paulo: Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998. p. 17-29.

¹⁹⁴ ALVES, José Carlos Moreira. Conferência inaugural – XXII Simpósio Nacional de Direito Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Imunidades tributárias*. São Paulo: Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998. p. 17-29.

¹⁹⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 37, n. 147, p. 179-200, jul./set. 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/618>>. Acesso em: 09 de set. 2015.

¹⁹⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 37, n. 147, p. 179-200, jul./set. 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/618>>. Acesso em: 09 de set. 2015.

No mais, o Brasil, ao ratificar tratados internacionais de direitos humanos, assume obrigações em plano internacional, submetendo-se às sanções impostas por instituições estrangeiras¹⁹⁷.

3.2 A HIERARQUIA JURÍDICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DIREITOS HUMANOS NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO

Como já dito anteriormente, a promulgação da Constituição Federal de 1988 institucionalizou os direitos humanos no Brasil, evidenciado principalmente com a ratificação de diversos tratados internacionais sobre direitos humanos pelo país.

Assim, incluiu os tratados internacionais de direitos humanos no rol dos direitos constitucionais, protegendo-os, portanto, constitucionalmente.

Com a adoção do § 2º, do artigo 5º, pelo Constituinte de 1988, os acordos internacionais no Brasil passaram ser divididos em tratados internacionais sobre direitos humanos e tratados internacionais de direito público geral. Ambos são equivalentes às leis internas, como vimos no capítulo anterior – apesar da doutrina defender o *status* constitucional dos tratados de Direitos Humanos¹⁹⁸.

Com a implementação do § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, o legislador, acidentalmente, restringiu o *status* constitucional pretendido pelo § 2º, do mesmo dispositivo constitucional, para apenas aqueles aprovados em dois turnos de cada casa do Congresso Nacional, por três quintos de seus respectivos membros¹⁹⁹.

Contudo, visando solucionar tal controvérsia, o Supremo Tribunal Federal criou o instituto da supralegalidade, abrangendo todos os tratados sobre direitos humanos não aprovados na forma estabelecida pelo § 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal.

¹⁹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 71.

¹⁹⁸ PIOVESAN, Flávia. A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 159-160.

¹⁹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p. 132.

Portanto, ateremos à hierarquia dos tratados internacionais de Direitos Humanos, antes e depois da inserção do § 3º, ao artigo 5º, da Constituição Federal.

3.2.1 *O status constitucional dos tratados internacionais de Direitos Humanos*

Como apontado anteriormente, o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, é uma das normas mais inovadoras da atual Carta brasileira. Com efeito, a partir deste dispositivo os tratados internacionais de Direitos Humanos poderiam ser elevados à nível constitucional, a depender da interpretação que se faz, além de serem autoaplicáveis, em razão do § 1º, também do artigo 5º, como ocorre com os direitos e as garantias fundamentais²⁰⁰.

A Constituição Federal de 1988 atribui aos tratados internacionais de Direitos Humanos natureza diferenciada daqueles tratados de direito público geral, qual seja a de normas constitucionais²⁰¹.

Dessa forma, a Constituição passou a adotar dois sistemas normativos de direitos e garantias fundamentais: aqueles elencados no próprio Direito interno, expressos ou não na Constituição; e aqueles advindos dos tratados internacionais de Direitos Humanos, em que o Brasil é parte²⁰².

Assim, o Constituinte, desde logo, tratou de posicionar os instrumentos internacionais sobre direitos humanos no mesmo nível hierárquico das normas constitucionais. Destarte, em caso de conflito, deve-se aplicar aquela norma que for mais favorável à dignidade da pessoa humana, em prol da proteção dos direitos e das garantias individuais²⁰³.

Outrossim, Carlos Mario da Silva Velloso argumenta que os tratados internacionais de Direitos Humanos são incorporados no ordenamento jurídico interno com

²⁰⁰ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 252-253.

²⁰¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 114.

²⁰² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2 ed. São Paulo, 2011. p. 30.

²⁰³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2 ed. São Paulo, 2011. p. 30.

status constitucional, ou seja, com primazia sobre as leis infraconstitucionais²⁰⁴.

Por outro lado, o artigo 5º, § 2º, da Carta Magna, nos apresenta os tratados internacionais de Direitos Humanos como normas materialmente constitucionais, integrando-os ao chamado “bloco de constitucionalidade”²⁰⁵.

Com isso, a doutrina defende que a partir do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, todos os tratados internacionais de direitos humanos são incorporados ao Direito interno como normas materialmente constitucionais²⁰⁶.

Todavia, a jurisprudência brasileira²⁰⁷, ainda entendia que os tratados internacionais sobre Direitos Humanos, mesmo com a proteção dada pelo § 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal, eram equiparados à lei ordinária, sendo, portanto, normas infraconstitucionais, vigorando o princípio da lei posterior revoga a anterior²⁰⁸, conforme estudado no capítulo anterior desta monografia.

De fato, na decisão proferida pelo STF no HC 72.131/RJ, no dia 22.11.1995, entendeu-se que todos os tratados internacionais, inclusive aqueles que tratam dos direitos humanos, possuem nível de lei ordinária. O Min. Moreira Alves foi um dos que defendia “que os tratados internacionais ingressam no nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária²⁰⁹”.

Dessa forma, os acordos internacionais sobre Direitos Humanos perderiam

²⁰⁴ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 41, n. 162, p. 35-45, abr./jun.2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/946>>. Acesso em: 12 de set. de 2015.

²⁰⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 116.

²⁰⁶ MAGALHÃES, Breno Baía; SOZINHO, Danilo Thales Martins; CARVALHO, Gleiciane Barroso. Entre a forma e a matéria: a distinção entre tratados internacionais de direitos humanos materialmente e formalmente constitucionais. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 51, n. 201, p. 275-296, jan./mar. 2014.

²⁰⁷ Ver RE n. 80.004/SE.

²⁰⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 122-123.

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 72.131-1/RJ. Impetrante: Marcello Ferreira de Souza Granado. Paciente: Lairton Almagro Vitoriano da Cunha. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 23 de novembro de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc+72131%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ksguncp>>. Acesso em: 27 set. 2014.

vigência caso uma lei ordinária posterior viesse a contradizê-los²¹⁰.

A fim de encerrar as discussões doutrinárias e jurisprudenciais relativas à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, foi acrescentado, mediante Emenda Constitucional n. 45, de 08.12.2004, ao art. 5º, da CF, o § 3º, com a seguinte redação:

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

[...]

§ 3º 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)²¹¹”.

Esse dispositivo constitucional, por sua vez, elevou a hierarquia dos tratados internacionais, que versam sobre Direitos Humanos e que foram aprovados, em dois turnos de cada casa do Congresso Nacional, por três quintos de seus respectivos membros.

Dessa maneira, os tratados internacionais de direitos humanos aprovados na forma do dispositivo constitucional acima serão equivalentes às Emendas Constitucionais.

A Emenda Constitucional 45/04 introduziu importantes mudanças referentes aos direitos humanos no constitucionalismo brasileiro. De fato, dentre as principais mudanças, os tratados internacionais de direitos humanos passaram a ter uma forma de ingresso diferente dos demais acordos internos.

De certo, antes os tratados internacionais de direitos humanos ingressavam no ordenamento jurídico interno da mesma maneira que os acordos internacionais gerais, isto é, na forma prevista no artigo 49, inciso I, da Constituição Federal²¹².

Agora, podem ingressar pela forma simples, nos termos do artigo 49, inciso

²¹⁰ SATHLER, Henrique Kenup. O § 3º do artigo 5º da Constituição Federal retrocesso da legislação brasileira na visão das modernas teorias do Direito Internacional dos Direitos Humanos. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 44, n. 173, p. 131-144, jan./mar. 2007.

²¹¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 de setembro de 2015.

²¹² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 33.

I, da Constituição Federal, ou de acordo com o artigo 5º, § 3º, da Carta de 1988, passando, assim, a ter equivalência de Emenda Constitucional.

No entanto, tais mudanças não foram bem vistas por parte da doutrina brasileira.

Deveras, o § 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal, formalizou a primazia dos Direitos internacionais sobre o Direito interno, tanto defendido pela doutrina majoritária.

A implementação desse parágrafo à norma constitucional, por outro lado, manteve as discussões doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao atual *status* do Direito internacional ante o Direito nacional.

Com efeito, tanto os constitucionalistas como os internacionalistas defendem que o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal trouxe incongruências ao Direito dos Tratados, principalmente por contrariar o § 2º do artigo 5º do Texto Magno, uma vez que este já era suficiente para a inclusão e defesa dos direitos humanos no Brasil²¹³.

Por certo, como vimos acima, a doutrina brasileira, antes da EC 45/2004, já defendia que, independente do *quórum* de aprovação, todos os tratados internacionais de Direitos Humanos têm posição hierárquica constitucional²¹⁴.

Assim, ao invés de solucionar a questão da hierarquia do ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 5º, § 3º, da Carta Magna, apenas introduziu mais discursões, doutrinárias e jurisprudenciais, uma vez que os tratados internacionais gerais e os de Direitos Humanos não aprovados com *quórum* de Emenda Constitucional mantiveram o nível equivalente à lei ordinária, enquanto que os tratados internacionais de Direitos Humanos aprovados nos termos do § 3º, do artigo 5º, da Constituição, passaram a ter *status* constitucional²¹⁵.

²¹³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 35.

²¹⁴ SATHLER, Henrique Kenup. O § 3º do artigo 5º da Constituição Federal retrocesso da legislação brasileira na visão das modernas teorias do Direito Internacional dos Direitos Humanos. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 44, n. 173, p. 131-144, jan./mar. 2007.

²¹⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 37.

3.2.2 O caráter supralegal dos tratados internacionais de Direitos Humanos não aprovados com o quórum de Emenda Constitucional

Com a inserção do § 3º, ao artigo 5º, da Constituição Federal, os tratados internacionais não aprovados pelo *quórum* de Emenda Constitucional e aqueles aprovados antes do implemento do referido dispositivo constitucional continuaram a ser equiparados à lei ordinária, mesmo que garantido novos direitos individuais.

Assim, com o impacto do referido preceito constitucional, o Supremo Tribunal Federal se viu obrigado a modificar seu posicionamento e encontrar uma nova alternativa aos tratados sobre Direitos Humanos, mas que não foram aprovados na forma de Emenda²¹⁶.

Com efeito, a Suprema Corte, ao analisar o Recurso Extraordinário n. 466.343/SP²¹⁷ e o *Habeas Corpus* n. 87.585-8/TO²¹⁸, ambos no dia 03 de dezembro de 2008, reconheceu que os tratados internacionais sobre Direitos Humanos não aprovados na forma estabelecida pelo § 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal, não poderiam ter força de lei ordinária, já que visam garantir e proteger direitos individuais.

Deveras, no RE n. 466.343/SP e no HC n. 87.585-8/TO, ambos históricos, reconheceram a inconstitucionalidade das normas legais referentes à prisão de depositário infiel. Assim, o Supremo reconheceu a supralegalidade dos tratados de Direitos Humanos não aprovados na forma do § 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Então, a Suprema Corte conferiu aos tratados internacionais de Direitos Humanos tratamento especial e diferenciado, distinguindo daquele aplicado aos tratados

²¹⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 122-123.

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP*. Tribunal Pleno. Recorrente: Branco Bradesco. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03 de dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28466343%2EENUME%2E+OU+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lnc26w>>. Acesso em: 10 de ago. de 2015.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 87.585-8/TO*. Impetrante: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Paciente: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno em Brasília, 03 de dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2345410>>. Acesso em: 10 de ago. de 2015.

tradicionais.

Não obstante, o Supremo, nesses julgados, ficou dividido entre a tese da supralegalidade, defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, e a tese que conferia o *status* constitucional à todos os tratados sobre Direitos Humanos, perfilhado, principalmente, pelo Ministro Celso de Mello²¹⁹.

Os tratados de direitos humanos, na nova visão do Tribunal Supremo, têm caráter de supralegalidade, ou seja, estão acima das normas infraconstitucionais, apesar de estarem subordinados à supremacia constitucional²²⁰.

Contudo, a doutrina majoritária, apesar de comemorar o avanço da jurisprudência do Supremo em prol dos Direitos Humanos, se viu insatisfeita por entender que todos os tratados de Direitos Humanos, independentemente se aprovados ou não com o *quórum* de Emenda, são normas constitucionais.

Com razão, o § 3º, do artigo 5º, do Texto Magno, serviria apenas para conceder aos tratados de Direitos Humanos o aspecto constitucional formal, uma vez que o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, já havia concedido o aspecto material aos tratados internacionais de Direitos Humanos²²¹.

Diante disso, enquanto o § 2º, do art. 5º, da CF, atribui nível materialmente constitucional, o § 3º, do art. 5º, da CF, atribui eficácia formal a esses tratados de Direitos Humanos.

De fato, os tratados internacionais de Direitos Humanos aprovados de acordo com o previsto no § 3º, do art. 5º, passam a ser formalmente constitucionais (por causa

²¹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p. 139-140.

²²⁰ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 268.

²²¹ SATHLER, Henrique Kenup. O § 3º do artigo 5º da Constituição Federal retrocesso da legislação brasileira na visão das modernas teorias do Direito Internacional dos Direitos Humanos. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 44, n. 173, p. 131-144, jan./mar. 2007.

da forma que foram aprovados) e materialmente constitucionais (por causa do *status* constitucional dado pelo § 2º, do art. 5º, da Carta de 1988) ²²².

Já os tratados internacionais de direitos humanos não aprovados pelo *quórum* do § 3º, do art. 5º, da CF, só possuem *status* constitucional, pois só são materialmente constitucionais²²³.

Com isso, pela visão da doutrina, todos os tratados internacionais integram o chamado “Bloco de Constitucionalidade”, que é formado por normas materialmente constitucionais e normas formalmente constitucionais.

Todavia, com o posicionamento atual da Suprema Corte ainda em vigor, o “Bloco de Constitucionalidade” só é formada pela Constituição Federal - que são normas formais - e pelos tratados internacionais de Direitos Humanos, aprovados na forma do § 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal – que são apenas materialmente constitucionais²²⁴.

3.3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Como visto anteriormente, a Constituição Federal de 1988 inovou ao tutelar os direitos humanos e as garantias fundamentais de forma mais incisiva. Entretanto, não basta está prevista na Carta Magna ou em uma convenção internacional, é preciso que o Estado proteja os direitos humanos conquistados pelo povo, seja aqueles previstos na Constituição ou os advindos de tratados ou convenções internacionais de direitos humanos.

Assim, o Brasil passou a assumir compromissos sérios no âmbito internacional, principalmente em prol da garantia dos direitos humanos. Em vista disto, hoje, todos os tratados internacionais de Direitos Humanos incorporados ao Direito brasileiro são superiores às normas inconstitucionais.

Os internacionalistas têm desenvolvido o chamado Controle de Convencionalidade, que é um instrumento de proteção inovador no Direito brasileiro,

²²² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 52.

²²³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 52.

²²⁴ RE n. 466.343/SP e HC n. 87.585-8/TO.

proposto, inicialmente, por Valério de Oliveira Mazzuoli e que visa à proteção intensa dos tratados internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

O Controle de Convencionalidade começou a se desenvolver no Brasil a partir da constatação que os tratados internacionais de Direitos Humanos possuem *status* constitucional, em razão do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, ou e que podem ser equivalentes às Emendas Constitucionais, por força do artigo 5º, § 3º, do Texto Magno²²⁵.

Segundo Mazzuoli, porém, os acordos internacionais que não versam sobre os direitos humanos - os acordos comuns – também são superiores²²⁶ as leis ordinárias, mas por não possuírem *status* constitucional e nem serem equivalentes às emendas constitucionais não serão objetos do controle de convencionalidade, e sim do controle de supralegalidade das normas infraconstitucionais, como defendido por Mazzuoli²²⁷.

O idealizador do Controle de Convencionalidade no sistema jurídico brasileiro, Valério de Oliveira Mazzuoli, o define como instrumento judicial que invalida as leis incompatíveis com os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, tanto pelo controle difuso, como pelo controle concentrado²²⁸.

Sidney Guerra, por sua vez, conceitua o Controle de Convencionalidade como sendo um instrumento que fiscaliza as leis infraconstitucionais e que viabiliza o controle de verticalidade, ou seja, as leis internas devem observar tanto a compatibilidade com as normas constitucionais, como as normas decorrentes de tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil²²⁹.

Assim, as leis internas são submetidas ao Controle de Constitucionalidade, que visa proteger a Constituição Federal de legislações infraconstitucionais que objetivam

²²⁵ DUTRA, Deo Campos; LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. A declaração de inconvenção da Lei da Anistia brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: no caso Gomes e outros VS. Brasil: Guerrilha do Araguaia. *Revista dos tribunais*, Brasília, v. 920, n 101, jun. 2012. p. 192.

²²⁶ Ressalta-se, contudo, que a jurisprudência prevaiente do Supremo Tribunal Federal é a de que os tratados internacionais comuns, ou seja, todos aqueles que não tem como matéria os Direitos Humanos, são equiparados à lei ordinária. Isto está consolidado desde o RE n. 80.004/SE, em 1977.

²²⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 82.

²²⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 75.

²²⁹ GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos e o controle de convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 179.

contrariá-la; e são subjugadas pelo Controle de Convencionalidade, que objetiva defender os tratados internacionais de Direitos Humanos contras atos atentatórios a sua validade e eficácia²³⁰.

Portanto, por Controle de Convencionalidade compreende-se como uma nova maneira de controlar as normas internas, em que estas são averiguadas por uma ordem judicial a fim de constatar se há compatibilidade com tratados internacionais de Direitos Humanos incorporados pelo Direito interno brasileiro²³¹.

Dessa forma, o Controle de Convencionalidade das leis internas pode ser promovido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e, inclusive, pelos tribunais internos de países que ratificaram a convenção²³².

Com isso, fala-se em Controle de Constitucionalidade quando a incompatibilidade vertical da lei for a Constituição; e em Controle de Convencionalidade quando a incompatibilidade vertical da lei for os tratados de direitos humanos, aprovados ou não de acordo com o § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal²³³.

Ademais, o Controle de Convencionalidade – também conhecido como Controle de Supralegalidade – permite a resolução de eventuais conflitos entre tratados internacionais de Direitos Humanos como normas do Direito interno, a fim de garantir a efetividade dos Direitos Humanos²³⁴.

Para André de Carvalho Ramos, por outro lado, o controle de convencionalidade tem a finalidade de constatar a responsabilidade do Estado por ter violado direitos humanos ratificados em Tratados Internacionais²³⁵.

²³⁰ GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos e o controle de convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 179.

²³¹ DUTRA, Deo Campos; LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. A declaração de inconvenção da Lei da Anistia brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: no caso Gomes e outros VS. Brasil: Guerrilha do Araguaia. *Revista dos tribunais*, Brasília, v. 920, n 101, jun. 2012. p. 192.

²³² GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos e o controle de convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 179.

²³³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 74.

²³⁴ GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos e o controle de convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 179.

²³⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 168-170.

Por sua vez, a Revista Jurídica “Juízes para a Democracia”, comenta o conflito entre os artigos 594 e 595 do Código de Processo Penal – já revogados – e o artigo 8º, (2), ‘h’, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Na oportunidade, a Revista defendia a prevalência da Convenção Internacional sobre os dispositivos de Direito Interno, pois aquela regula direito fundamental, o que aponta seu *status* constitucional.

Para tanto, o texto jurídico recomenda o uso do controle da convencionalidade a fim de proteger tratados de direitos humanos e impor aos Estados “o dever de harmonizar sua legislação interna à luz dos parâmetros internacionais mais protetivos à pessoa humana²³⁶”.

Com isso, o controle de convencionalidade agiria em prol da proteção da dignidade da pessoa humana, promovendo sua eficácia.

Então, a partir da adoção do controle de convencionalidade, nota-se que a preocupação do Estado não é apenas conferir Direitos individuais, mas, outrossim, a de garanti-los no ordenamento jurídico interno.

²³⁶ DIREITOS AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E O CONTROLE DA CONVENCIONALIDADE DAS LEIS. Juízes para a Democracia, n.21, v. 5, São Paulo, Jul.-Set. 2000, p. 9.

CONCLUSÃO

O primeiro capítulo investigou a relação entre o Direito internacional e o Direito interno pela ótica do dualismo e do monismo. Estas teorias tiveram como principais expoentes o alemão Heinrich Triepel e o austríaco Hans Kelsen, que as desenvolveram com a finalidade de levar à tona a relação jurídica entre esses dois sistemas jurídicos.

Nesse sentido, a doutrina dualista defende a independência do ordenamento jurídico internacional e do nacional, já que ambos possuem fontes e objetos próprios, apesar de serem igualmente válidos.

Por decorrência, os dualistas sustentam que não há falar em conflito entre as normas do Direito internacional e as normas do Direito nacional, pois aquele só ingressa no ordenamento jurídico nacional se vier a ser transformado em norma interna.

O Monismo, como restou demonstrado, por outro lado, perfilha a unidade entre as ordens jurídicas nacionais e internacionais. Dessa forma, estes ingressam no ordenamento jurídico interno sem a necessidade de se transformarem em direito interno.

Em outra ponta, foi destacada a evolução dos tratados internacionais, passando pelo que foi na Antiguidade e atravessando até os dias atuais. Com efeito, analisou-se a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em maio de 1969, e a demora dos países para ratificá-lo e incorporá-lo em suas ordens jurídicas internas, especialmente o Brasil, que esperou quase 30 anos para formalizá-lo, apesar de já utilizá-lo em suas relações internacionais.

Ademais, foram expostos os principais conceitos de tratado internacional. De fato, além de indicar o conceito previsto no artigo 2º, § 1º, letra a., da Convenção de Viena de 1969, sublinhou-se as definições dos principais tratadistas do Brasil, tais como o José Francisco Resek, o Valério de Oliveira Mazzuoli, o Hildebrando Accioly, e outros doutrinadores renomados.

Tratou-se, por outro lado, a forma que os tratados internacionais se incorporam no ordenamento jurídico interno. Para tanto, retornou-se ao assunto dualismo e

Monismo a fim de introduzir a incorporação dos tratados às normas internas e para demonstrar a ocorrência de ambas as teorias no caso concreto.

Aproveitou-se, ainda, para retratar a teoria adotada pelo Brasil ao acolher os tratados internacionais em seu ordenamento jurídico interno. No mais, ressaltou a importância da participação conjunta do Executivo e do Legislativo para que os tratados possam ingressar no direito interno brasileiro.

Por fim, o capítulo apresentou em quais situações tem-se admitido a participação solitária do Executivo em plano internacional, sem, portanto, a atuação do Legislativo. Com efeito, os acordos executivos são utilizados no Brasil para a celebração daqueles acordos mais triviais.

Em seguida, analisou o conflito aparente entre os tratados internacionais e as normas do Direito interno. Antes, porém, destacou-se a omissão Constitucional quanto ao tema, o que tem levado o debate para a esteira doutrinária e jurisprudencial.

Assim, ante a falta de previsão na Lei Maior, retornou-se, novamente, a análise do monismo e do dualismo para entender as formas possíveis de solucionar os conflitos normativos.

Com isso, restou definido, também, que o Brasil adota monismo moderado para resolver conflitos entre tratados e normas internas, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, por meio do RE n. 80.004/SE, reconheceu a equivalência dos tratados e das leis ordinárias e que, em caso de conflito, aplicar-se-á a lei posterior, revogando, portanto, a anterior.

Contudo, ressaltou-se que parte da doutrina critica o atual posicionamento da Suprema Corte em face dos conflitos entre tratados e leis ordinárias, pois defendem a primazia do Direito internacional sobre o Direito interno em qualquer hipótese. No entanto, há aqueles que defendem a jurisprudência firmada pelo Supremo, como é o caso de Dolinger, que não vê incoerência na decisão acima.

Por fim, apresentou-se uma exceção ao monismo moderado, a partir do artigo 98, do Código Tributário Nacional, que reconhece a primazia do Direito internacional sobre o Direito interno.

O terceiro capítulo, por sua vez, retrata a atual realidade dos Direitos Humanos no Brasil. Aponta, para tanto, o aumento na ratificação dos tratados de direitos humanos pelo Brasil desde que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada.

Ademais, diferenciou-se os Direitos Humanos dos direitos e garantias fundamentais, a partir dos conceitos formulados por Celso Ribeiro Bastos, Flávia Piovesan, André Ramos de Carvalho, Ingo Wolfgang Sarlet, dentre outros.

O capítulo abordou ainda a intenção do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, em condecorar os tratados internacionais de Direitos Humanos com *status* constitucional e de aplicabilidade imediata, em razão do § 1º, do mesmo dispositivo constitucional.

No entanto, restou demonstrado que a Suprema Corte ainda mantinha o posicionamento que equipara todos os tratados internacionais a leis ordinárias. Contudo, com a implementação do § 3º, ao artigo 5º, da Carta Constitucional, o Supremo se viu obrigado a relativizar sua jurisprudência a fim de realocar os tratados internacionais de direitos humanos não aprovados com *quórum* de Emenda ao *status* de supralegalidade.

Com isso, restou-se definido que os tratados internacionais tradicionais são equiparados a leis ordinárias; a supralegalidade dos tratados internacionais de Direitos Humanos não aprovados com *quórum* de Emenda; e o *status* constitucional dos tratados de Direitos Humanos aprovados na forma prevista no § 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Todavia, abordou-se, ainda, que a doutrina defende o *status* constitucional de todos os tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, independente do *quórum* de aprovação. Assim, os tratados de Direitos Humanos não aprovados na forma do § 3º, do artigo 5º, da Constituição Política, são materialmente constitucionais, enquanto que os tratados de Direitos Humanos aprovados com força de Emenda Constitucional são materialmente e formalmente constitucionais.

Por outro lado, defendeu-se a inconstitucionalidade do § 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal, uma vez que reduz norma que versa sobre os direitos e as garantias individuais, isto, o § 2º, do artigo 5º, da Carta de 1988.

Ademais, recomendou-se a ineficácia do § 3º, do artigo 5º, da Carta da República, já que não seria necessário, em razão da existência do § 2º, do artigo 5º, do mesmo dispositivo constitucional, sendo que este é muito mais protetor que aquele, pois ele abrange todos os tratados de Direitos Humanos, enquanto o outro os restringe.

De fato, é um tema controverso tanto na doutrina, como na jurisprudência, e que manterá dessa forma até o legislador reformar o § 3º, do artigo 5º, da Constituição, para elevar todos os tratados internacionais de Direitos Humanos ao *status* constitucional.

De outro lado, foi apresentado o Controle de Convencionalidade, que ainda está sendo desenvolvido no sistema jurídico brasileiro. Assim, as leis internas estão submetidas ao Controle de Constitucionalidade, que visa auferir a compatibilidade entre normas infraconstitucionais e a Carta Magna; e ao Controle de Convencionalidade, que auferi a compatibilidade entre leis ordinárias e os tratados internacionais de Direitos Humanos.

Portanto, a jurisprudência e a doutrina não tendem apenas a incorporarem novos Direitos Humanos e fundamentais, mas pretendem garantir a validade e a eficácia daqueles já existentes na ordem jurídica brasileira.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALVES, José Carlos Moreira. Conferência inaugural – XXII Simpósio Nacional de Direito Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Imunidades tributárias*. São Paulo: Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 de setembro de 2015.

_____. *Decreto Nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 24 de ago. de 2015.

_____. *Lei 5.172, de 25 de out. de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 05 de set. de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 72.131-1/RJ. Impetrante: Marcello Ferreira de Souza Granado. Paciente: Lairton Almagro Vitoriano da Cunha. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 23 de novembro de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc+72131%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kguncp>>. Acesso em: 27 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 87.585-8/TO. Impetrante: Alberto de Ribamar Ramos Costa Paciente: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno em Brasília, 03 de dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2345410>>. Acesso em: 10 de ago. de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 466.343-1/SP. Tribunal Pleno. Recorrente: Branco Bradesco. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min.

Cezar Peluso. Brasília, 03 de dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28466343%2E%2E%2E+OU+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/Inca26w>>. Acesso em: 10 de ago. de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.004/SE*. Tribunal Pleno. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Brasília, 01 de jun. 1977. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.004/SE*. Tribunal Pleno. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Voto do Min. Cordeiro Guerra. Brasília, 01 de jun. 1977. p. 961-968. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.004/SE*. Tribunal Pleno. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Voto do Min. Rodrigues de Alckmin. Brasília, 01 de jun. 1977. p. 997-998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.004/SE*. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Voto do Ministro Thompson Flores. Tribunal Pleno em Brasília, 01 de jun. 1977. p. 1018-1019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.004/SE*. Tribunal Pleno. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Voto do Min. Xavier de Albuquerque. Brasília, 01 de jun. 1977. p. 1018-1019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário Nº 80.004/SE*. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Voto do Ministro Leitão de Abreu. Tribunal Pleno em Brasília, 01 de jun. 1977. p. 1018-1019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.004/SE*. Tribunal Pleno. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Voto do Ministro Cunha Peixoto. Brasília, 01 de jun. 1977. p. 954-955. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.004/SE*. Tribunal Pleno. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Voto do Ministro Rodrigues Alckimin. Brasília, 01 de jun. 1977. p.

996-997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DIREITOS AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E O CONTROLE DA CONVENCIONALIDADE DAS LEIS. *Juizes para a Democracia*, n.21, v. 5, São Paulo, Jul.-Set. 2000.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

DUTRA, Deo Campos; LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. A declaração de inconveniência da Lei da Anistia brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: no caso Gomes e outros VS. Brasil: Guerrilha do Araguaia. *Revista dos tribunais*, Brasília, v. 920, n 101, jun. 2012.

FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GABRIEL, Amélia Regina Mussi. Hierarquia jurídica da norma internacional de direitos humanos em face do art. 5º, § 3º, da Constituição brasileira. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 42, n. 165, p. 255-266, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/395>>. Acesso em: 09 de set. 2015.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna*. São Paulo: Dialética, 1999.

GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos e o controle de convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. Os efeitos das normas internacionais nos ordenamentos jurídicos nacionais. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 43, n. 172, p. 85-98, out./dez. 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. O Brasil é dualista? Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 44, n. 184, p. 29-45, out./dez. 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MAGALHÃES, Breno Baía; SOZINHO, Danilo Thales Martins; CARVALHO, Gleiciane Barroso. Entre a forma e a matéria: a distinção entre tratados internacionais de direitos humanos materialmente e c formalmente constitucionais. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 51, n. 201, p. 275-296, jan./mar. 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 37, n. 147, p. 179-200, jul./set. 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/618>>. Acesso em: 09 de set. 2015.

_____. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/739>>. Acesso em: 09 de set. 2015.

_____. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Eficácia e aplicabilidade dos tratados em matéria tributária no direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 44, n. 175, p. 155-162, jul./set. 2007. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/141296>>. Acesso em: 12 de set. de 2015.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENEZES, Celso Antonio Martins. A importância dos tratados e o ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 42, n. 166, p. 65-77, abr./jun. 2005.

PACÍFICO, Andrea Maria Calazans Pacheco. *Os tratados internacionais e o direito constitucional brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003.

PINHEIRO, Carla. *Direito internacional e direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001.

PIOVESAN, Flávia. A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 41, n. 162, p. 121-148, abr./jun. 2004.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 33, n. 130, p. 77-81, abr./jun. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176450>>. Acesso em: 29 ago. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SATHLER, Henrique Kenup. O § 3º do artigo 5º da Constituição Federal retrocesso da legislação brasileira na visão das modernas teorias do Direito Internacional dos Direitos Humanos. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 44, n. 173, p. 131-144, jan./mar. 2007.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. *Limitações constitucionais ao poder de tributar e tratados internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 41, n. 162, p. 35-45, abr./jun. 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/946>>. Acesso em: 12 de set. de 2015.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional no Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.