

O SISTEMA BRASILEIRO DE INCORPORAÇÃO DE TRATADOS E A EFICÁCIA DO DIREITO INTERNACIONAL

*Ana Carolina Rezende OLIVEIRA**
*Lucas Sávio Oliveira da SILVA***

RESUMO

O artigo parte da análise dos três sistemas brasileiros de incorporação de tratados internacionais, quais sejam, o sistema dos tratados de direitos humanos, dos tratados de matéria tributária e aquele aplicado aos demais tratados, para compreender o papel do ordenamento interno na garantia da eficácia do Direito Internacional. Com este objetivo, analisam-se os principais desenvolvimentos jurisprudenciais e doutrinários no que concerne aos critérios de incorporação e a hierarquia assumida pelos tratados no ordenamento nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969. Direito Internacional. Direito interno. Tratados internacionais. Hierarquia. Eficácia.

* Aluna do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisadora do Centro de Direito Internacional. Vencedora do Concurso de Artigos da Conferência sobre a Convenção de Viena de Direito dos Tratados de 1969, realizada na FDUFGM em Maio de 2011.

E-mail: acarolina.rezende@gmail.com

** Aluno do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisador do Centro de Direito Internacional. Vencedor do Concurso de Artigos da Conferência sobre a Convenção de Viena de Direito dos Tratados de 1969, realizada na FDUFGM em Maio de 2011.

E-mail: lucas.savio@gmail.com

Introdução

De uma perspectiva internacionalista é relativamente pacífica a solução de possíveis conflitos entre normas de Direito Internacional e normas de direito interno por meio da aplicação do costume internacional positivado no art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Segundo este artigo, um Estado “não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Trata-se de clara afirmação da primazia do Direito Internacional (1).

Todavia, com o desenvolvimento do Direito Internacional, é cada vez maior o número de tratados que regulam não apenas relações interestatais ou entre organizações internacionais, em uma perspectiva clássica do Direito Internacional, mas também relações entre Estados e as pessoas e instituições sob sua jurisdição, sejam elas nacionais ou não, ou mesmo relações entre sujeitos de direito interno e a sociedade internacional. Estes últimos dois tipos de tratados, que tratam de relações verticais e transnacionais, em contraposição às relações horizontais clássicas, dependem da atuação dos Estados em âmbito interno para garantir sua eficácia. Cada Estado é soberano para estabelecer a maneira de incorporação e aplicação dos tratados internamente, inexistindo regra internacional que defina esta relação. Dependendo, pois, das regras adotadas pelo Estado, uma norma em pleno vigor internacional pode deixar de ser aplicada tanto pela edição de uma norma interna posterior (se o tratado for considerado com a mesma hierarquia desta norma), quanto pela edição de norma hierarquicamente superior ao tratado.

A solução para o problema está diretamente relacionada com o status dado ao tratado internacional dentro do ordenamento interno. Enquanto algumas constituições estatais estabelecem de forma clara a relação entre Direito Internacional e direito interno, a Constituição da República Federativa do Brasil não o faz. Além de não estabelecer expressamente a hierarquia dos tratados internacionais ratificados, nosso ordenamento ainda aponta formas distintas de tratamento a diferentes tipos de tratados internacionais (2), descompasso que acaba por gerar

inúmeros problemas práticos. Enquanto se tem um claro estabelecimento em relação aos tratados em matéria tributária e decisões que apontam para a afirmação da superioridade dos tratados de direitos humanos, todos os outros tratados que não tratam destas matérias, aqui chamados de comuns, ainda carecem do reconhecimento pacífico de sua hierarquia, a qual se defende ser superior.

Faz-se mister, pois, analisar o relacionamento estabelecido pelo ordenamento interno brasileiro para que seja afirmada a supremacia do Direito Internacional e se garanta a eficácia de sua aplicação em âmbito doméstico (3). Para tanto, será preciso estabelecer as especificidades dos três sistemas acima citados, a saber, dos tratados comuns (2.1), dos de direitos humanos (2.2) e dos em matéria tributária (2.3).

1. A relação entre o Direito Internacional e o direito interno sob a ótica internacional

Na relação entre o Direito Internacional e o direito interno questiona-se a possibilidade de autoridade de uma norma sobre a outra e a existência de uma obrigação de aplicar-se uma ordem em detrimento da outra. Objetivando solucionar esse suposto conflito, apresentam-se duas correntes de pensamento: monismo e dualismo.

O ponto de partida que suscita as diferenças entre o monismo e o dualismo é o entendimento quanto à natureza das ordens internacional e nacional. Para a doutrina monista, Direito Internacional e direito interno são parte de um Direito uno que não comporta repartições, com sujeitos e fontes coincidentes, aplicando-se o primeiro diretamente na ordem jurídica dos Estados. Neste contexto, os conflitos entre normas serão resolvidos uniformemente, através de princípios únicos¹.

Para o dualismo existem dois sistemas, cujas diferenças fundamentais tornam impossível a redução de um ao outro. As duas ordens, uma vez que apresentam sujeitos e objetos diferentes, possuem cada uma sua competência bem delimitada: o direito internacional

¹ PELLET, Alain. DAILLIER, Patrick. FORTEAU, Mathias. *Droit International Public*. Paris : LGDJ, 2009. 8 ed. p. 106

rege as relações interestatais ao passo que o direito interno ocupa-se das relações interindividuais. Nesse sentido, para os partidários do dualismo, não podem existir conflitos entre normas pertencentes às duas ordens uma vez que elas possuem objetos distintos e regulam sujeitos diferentes².

Como consequência principal desse entendimento, a comunicação entre o Direito Internacional e o direito interno só pode ser realizada através de processos próprios a cada ordenamento interno, por meio da transformação de uma norma internacional em parte do direito doméstico. Um tratado só poderá ser aplicado a nível interno uma vez incorporado, ou seja, transformado em ordenamento nacional, o que acontece através de um processo formal que será definido pela Constituição de cada Estado³.

As duas doutrinas apresentam entendimentos distintos com relação ao papel do Direito Internacional. O monismo corresponde a uma perspectiva que pretende priorizar uma soberania estatal mais flexível e objetiva um relacionamento internacional mais eficaz e harmonioso por meio do favorecimento dos indivíduos como sujeitos últimos do Direito Internacional. Por outro lado, o dualismo apresenta-se como uma doutrina mais conservadora, afirmando a soberania estatal, com uma aplicação do direito interno tão livre quanto possível das pressões internacionais.

² PELLET, Alain. DAILLIER, Patrick. FORTEAU, Mathias. *Droit International Public*. Paris : LGDJ, 2009. 8 ed. p. 106

³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 4 ed.p. 295: “Os Estados são responsáveis por manter um sistema intero de integração das normas internacionais por eles mesmos subscritas”; O direito internacional não definiu como ele deve ser aplicado ou ter seu cumprimento garantido a nível nacional. Ele apenas afirma sua supremacia sem invalidar as normas internas ou se intrometer nos sistemas nacionais. Os Estados, por meio de suas constituições, são livres para definir a maneira como cumprirão internamente as normas internacionais, e o fazem das mais variadas formas. Em verdade, as cortes e tribunais internacionais consideram a lei interna como fato e declarando que esta lei ou o modo como ela foi aplicada violam o direito internacional - DENZA, Eileen. *The Relationship Between International and National Law* in. EVANS, Malcolm D. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p.415

Quando deparados com o questionamento sobre a possibilidade de autoridade de uma norma sobre a outra e a existência de uma obrigação de aplicar uma ordem em detrimento da outra, os dualistas se recusam a trabalhar com a ideia de superioridade. Uma vez que as ordens jurídicas são distintas e possuem esferas de atuação diferenciadas, as regras internas são entendidas como meros “fatos” perante o Direito Internacional⁴, ou seja, como meras demonstrações da conduta estatal que não possuem valor jurídico enquanto norma, sendo recíproca a relação entre ambas as ordens jurídicas. Conclui-se, portanto, que no âmbito interno apenas pode-se encontrar a aplicação de normas internas, da mesma forma que as normas internacionais só podem ser aplicadas em contexto internacional.

Sob o ponto de vista monista existem duas perspectivas no que se refere à primazia de uma esfera sobre a outra. Enquanto alguns autores colocam o direito interno como superior (a exemplo, Decenièrre-Ferradiere, Max Wenzel, Kaufmann, Erich), outros o fazem com o Direito Internacional (Kelsen, Georges Scelle, Verdross, Duguit, dentre outros). Para os fins do presente trabalho, adotar-se-á a segunda corrente.

De um ponto de vista lógico-jurídico, verifica-se a superioridade do Direito Internacional. Toda ordem jurídica deve ser superior aos seus sujeitos, caso contrário trata-se de mera recomendação sem caráter jurídico. Desta forma, o Direito Internacional somente pode ser concebido como superior aos Estados e, conseqüentemente, “negar sua superioridade seria negar sua existência”.⁵

A Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) se manifestou sobre esse ponto no caso *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*. Naquela ocasião, a Corte Permanente afirmou que a fronteira entre o Direito Internacional e o Direito Interno é essencialmente relativa: “A questão de saber se um determinado assunto é ou não apenas da competência de um Estado é essencialmente uma

⁴ CPJI. *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*. Caso nº7, Série A, p.19.

⁵ CARREAU, Dominique. *Droit International*. Paris: Edition A. Pedonne, 2007, p.59.

questão relativa; depende do desenvolvimento das relações internacionais” (tradução nossa).⁶

No entendimento da CPJI, a abrangência normativa nacional seria, portanto, residual em relação à internacional, sendo o Direito Internacional o responsável por limitar materialmente o direito interno. Esta limitação exemplifica a relação de superioridade existente entre o direito interno e o Direito Internacional, que, apesar de apresentarem esferas materiais distintas, não se apresentam como ordens jurídicas isoladas.

Além desta análise material, a relação pode ser vista também sob o prisma formal. É necessário ressaltar que a forma de produção da norma é essencialmente diferente nas duas esferas, o que leva a consequências que não podem ser negligenciadas quando do relacionamento das duas ordens jurídicas. Na ordem interna tem-se um órgão centralizado produtor de normas que obriga todos os seus sujeitos, enquanto no âmbito internacional a produção é descentralizada e intrinsecamente vinculada ao caráter soberano dos Estados. Essas diferenças de elaboração das normas internacionais em oposição às normas internas conduzem ao questionamento acerca da existência de um eventual conflito de normas, que pode ser solucionado na perspectiva tanto do Direito Internacional quando do direito interno⁷.

Na perspectiva do Direito Internacional, a necessidade de assegurar o cumprimento das normas internacionais em relação às normas internas levou à codificação do princípio no art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, que

⁶ “The question whether a certain matter is or is not solely within the jurisdiction of a State is an essentially relative question; it depends upon the development of international relations”.CPJI. Advisory Opinion. *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*. Série B, p. 24.

⁷ A diferenciação entre monismo e dualismo é doutrinária e somente ajuda a compreender a relação entre Direito Internacional e direito interno. Na prática, o que se constata é que existem tantas soluções quanto existem ordenamentos jurídicos. Cada Estado tenta resolver o problema de como observar, executar e aplicar a norma internacional de maneira coerente com os princípios de Direito Internacional e, principalmente, com os interesses político-jurídicos do ordenamento interno.

dispõe:

Artigo 27

Direito Interno e Observância de Tratados

Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. (...)

O “direito interno” a que se refere esse dispositivo é entendido como compreendendo tanto leis constitucionais quanto ordinárias, ou seja, a superioridade do Direito Internacional é quanto ao direito interno como um todo⁸.

Como consequência do artigo 27, decorre que o direito interno, sob a perspectiva do Direito Internacional, apresenta-se como mero fato. Foi neste sentido o paradigmático *obter dictum* do caso *Certain German Interests in Upper Silesia* de 1926, do qual se depreende que leis internas, medidas administrativas e decisões judiciais estão em um mesmo patamar perante o Direito Internacional, sendo todos são considerados “meros fatos”:

Do ponto de vista do Direito Internacional e da Corte, que é o seu órgão, as leis domésticas são apenas fatos que expressam a vontade e constituem atividades dos Estados da mesma maneira como fazem as decisões judiciais ou medidas administrativas (tradução nossa)⁹.

⁸ Note-se que o art. 46 estabelece que uma vez satisfeitos os requisitos de violação manifesta e de importância fundamental da norma, que diz respeito a competência para se obrigar internacionalmente, o Estado é autorizado pelo Direito Internacional a invalidar o consentimento dado ao tratado em virtude da violação de seu direito interno. Entretanto, esta é uma exceção limitada face à superioridade geral incorporada no art. 27. Neste caso, a norma interna contrária ao direito internacional não enseja responsabilidade; ao contrário, é ela que constitui escusa válida para o descumprimento da obrigação convencional internacional. Isso acontece porque na realidade, a obrigação é defeituosa, uma vez que oriunda de um tratado celebrado de forma inválida.

⁹ “From the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States in the same manner as do legal decisions or administrative measures CPJI.” *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*. Caso nº7, Série A, p.19.

Esta concepção do direito interno enquanto fato perante as Cortes Internacionais também foi adotada pela Comissão do Direito Internacional na elaboração do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional do Estado (*Draft Articles on State Responsibility*), que estabelece em seu art. 4^o¹⁰:

Artigo 4^o

Conduta dos órgãos Estatais

1. A conduta de qualquer órgão do Estado deve ser considerado um ato de Estado sob o Direito Internacional, independentemente de o órgão exercer funções do legislativo, executivo, judiciário ou quaisquer outras funções, independentemente da posição que ocupa na organização do Estado, e qualquer que seja a sua natureza como órgão da União ou de uma unidade territorial do Estado

Apesar do Direito Internacional considerar o direito como fato e isso bastar para que ele estabeleça que o Estado “não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”, é fato que, muitas vezes, a eficácia do Direito Internacional depende do processo de incorporação de tratados adotado pelos Estados e da hierarquia que é concedida a eles pelo direito interno. Seguindo este raciocínio, um tratado ratificado por um Estado e em pleno vigor na esfera internacional pode perder seu objeto na esfera interna se perante o mesmo puder ser revogado por uma norma doméstica. Não raras vezes os tratados internacionais dependem da ação interna do Estado para que sejam devidamente observados. Vale citar como exemplo os tratados de direitos humanos e os para evitar a dupla tributação internacional.

Neste sentido, do ponto de vista do direito interno, a questão do relacionamento entre este e o Direito Internacional toma outra dimensão. Deve se verificar, portanto, como este reconhece a norma

¹⁰ “The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State.”

internacional. Em outras palavras, essa é uma questão necessariamente circunscrita à esfera constitucional. Parte-se, pois, para a análise à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

2. A relação entre o Direito Internacional e o direito interno sob a ótica interna brasileira

Uma vez estabelecidas as diferenças entre as ordens jurídicas interna e internacional, ter-se apresentado as doutrinas clássicas que buscam entender as relações entre estas duas esferas e também a solução internacionalista, plasmada no art. 27 da Convenção de Viena de 1969, busca-se estabelecer a forma como o ordenamento interno brasileiro, tendo como a base a atual Constituição da República, reconhece a norma internacional e a aplica.

2.1 Os Tratados Comuns

A Constituição da República Federativa do Brasil não estabelece de forma expressa qual é a relação entre o direito interno e o Direito Internacional. Não existe qualquer cláusula que estabeleça sequer que o Brasil aceita ou reconhece o Direito Internacional¹¹. Tudo o que temos são indícios dessa relação que podem ser observados em alguns artigos¹². A única ressalva são os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos já ratificados que, por disposição do art. 5º, § 2º da Constituição da República, são materialmente constitucionais e que pelo § 3º do mesmo artigo podem ser formalmente constitucionais, discussão que será retomada.

A partir dos indícios dados pela Constituição é possível estabelecer dois pontos essenciais para a aplicação efetiva do Direito Internacional, especificamente dos tratados internacionais, no nosso

¹¹ Outras Constituições, a exemplo da Lei Fundamental alemã, estabelecem que o Direito Internacional é parte integrante do direito federal e que, acima disso, são hierarquicamente superiores às leis nacionais. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 4 ed, p. 86.

¹² Art. 5º, §2º e 3º; art. 49; art.84; e art. 102, III, b todos da CRFB.

direito interno: a forma de incorporação dos tratados e a hierarquia interna dos mesmos.

Os Estados são responsáveis por manter um sistema interno de integração “das normas internacionais por ele(s) mesmo(s) subscritas”¹³. Esse sistema, no caso do Brasil, é parcialmente regulado na Constituição da República e envolve a competência dos poderes constituídos para celebrar tratados e a sistemática de incorporação dos mesmos no ordenamento interno. Trata-se de um sistema de colaboração complexo entre os poderes Executivo e Legislativo¹⁴.

Dois são os artigos da Constituição que indicam como é o processo de incorporação dos tratados no direito pátrio, são eles o art. 84 e o art. 49.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; (...)

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; (...)

Como é possível depreender da leitura dos artigos, a vontade do Executivo é manifestada quando da assinatura do tratado, seja pelo Presidente da República ou por plenipotenciário por ele nomeado, só se aperfeiçoará após decisão do Congresso Nacional, ficando, pois, consagrada a cooperação entre os dois poderes.

Existe dúvida sobre quais atos internacionais firmados pelo Brasil deveriam ser submetidos à apreciação do Congresso Nacional,

¹³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 4 ed. p. 295

¹⁴ A participação do Poder Legislativo no processo de celebração de tratados internacionais começa a ser realidade no final do século XVIII, aparecendo pela primeira vez nas Constituições dos Estados Unidos (1787) e da França (1791), em um claro afastamento ao regime monárquico que vigorou até então, no qual o poder de celebrar tratados era atribuição exclusiva do Rei. Ver BONAVIDES, Paulo. *Comentários à Constituição Federal de 1988*, Rio e Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 1100.

se todos ou apenas alguns deles. A doutrina acabou se dividindo nesse ponto¹⁵, e a prática diplomática do Brasil consagra a dinâmica dos acordos em forma simplificada. O entendimento que se tem é que estes tratados não acarretam encargos ou compromissos gravosos, não entrando, pois, em conflito com a segunda metade do inciso I do art. 49 da Constituição. Todavia, aqui o que interessa analisar é a dinâmica de incorporação dos tratados em geral e discutir, posteriormente, quanto à hierarquia do que se chama tratados comuns, ou seja, aqueles que não versam sobre direitos humanos ou direito tributário.

Como dito, compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados e convenções internacionais. Não cabe aqui confusão com o art. 21, I da Constituição. Ainda que ele defina que “compete à União manter relações com os Estados estrangeiros e participar de Organizações Internacionais”, a União é pessoa jurídica de direito interno e não de Direito Internacional. A pessoa jurídica de Direito Internacional é a República Federativa do Brasil, a qual é representada por seu Presidente. Sendo assim, o artigo a ser analisado é o 84.

¹⁵ Esse tema foi, e ainda é discutido pela doutrina brasileira, principalmente a partir Constituição de 1946. Há os que, como o Prof. Haroldo Valadão, entendem que todos os atos devem passar pelo crivo do Legislativo (VALLADÃO, Haroldo Aprovação de Ajustes Internacionais pelo Congresso Nacional, in *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, jan/dez. 1950, PP95 e ss.). Outra corrente, liderada pelo Embaixador Hildebrando Accioly, defende a ideia de que existem acordos internacionais que podem ser concluídos sem aprovação do Congresso Nacional (ACCIOLY, Hildebrando. A ratificação e a promulgação dos tratados em face da Constituição Federal brasileira, in *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, nº 7, Rio de Janeiro, jan/jun 1948, PP5-11). Rezek, a exemplo, defende que quando tais acordos apenas “simplesmente consignam a interpretação de cláusulas de um tratado já vigente”, ou quando “decorrem, lógica e necessariamente, de algum tratado já vigente e são como que seu complemento”, ou ainda quando tratam apenas do *modus vivendi*, “que têm em vista apenas deixar as coisas no estado em que se encontram ou estabelecer simples bases para futuras negociações”, eles não deveriam passar por aprovação legislativa. Ver: REZEK, José Francisco. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, ano 41, nº 162, Brasília: Senado Federal, abr./jun./2004. pp. 130-138.

Se ao Presidente cabe presidir as relações exteriores, cabe ao Legislativo, na figura do Congresso Nacional, controlar os atos do executivo. Assinado um tratado, o Executivo deve, quando melhor lhe apreeça, enviar o mesmo para análise do Legislativo. Antes disso, o Presidente pode determinar estudos mais aprofundados sobre o tratado, ou ainda arquivá-lo, não havendo dever de enviá-lo para referendo parlamentar¹⁶.

Os trabalhos do Legislativo começam quando o Primeiro Secretário da Câmara dos Deputados recebe a mensagem presidencial que submete o tratado ao Congresso Nacional. Essa mensagem é acompanhada por uma exposição de motivos formulada pelo Ministério das Relações Exteriores no qual este apresenta as razões que levaram a assinatura do tratado e analisa os dispositivos, justificando-os, além do texto de inteiro teor do tratado. Por força do art. 64 da Constituição, é nessa casa que se iniciam as discussões. Se aprovado por maioria simples dos parlamentares, o tratado é levado ao Senado para apreciação deste. Porém, o processo pode acabar na própria Câmara caso o tratado não seja aprovado. No Senado, também basta que a maioria dos parlamentares, presente a maioria absoluta dos mesmos, dê voto favorável para que esteja aprovado o tratado. Feito isso, emite-se um Decreto Legislativo, de acordo o art. 59, VI, da Constituição, que deve ser publicado no Diário Oficial da União. Vale ressaltar que durante as discussões nas duas casas será possível apresentar reservas ao tratado¹⁷, sendo que se a mesma for apresentada durante as sessões do Senado a Câmara dos Deputados deverá se pronunciar novamente.

A disposição do art. 49 diz competir exclusivamente ao Congresso “resolver definitivamente sobre tratados” só é válida quando o

¹⁶ Ressalva deve ser feita no caso de tratados celebrados no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, que pelo art. 19, n^o 5, letra b de seu tratado constitutivo obriga a sua submissão à aprovação parlamentar.

¹⁷ As reservas, porém, só poderão ser apresentadas se o tratado estabelecer esta possibilidade e ainda nos termos que o fizer. Além disso, vale ressaltar que ainda será possível apresentá-las mesmo após da aprovação legislativa se o tratado ainda não tiver sido ratificado, sempre que não versem sobre normas essenciais ao tratado, sob pena de que ele não tenha sua eficácia garantida.

tratado é rejeitado. Se ele for aprovado, serão necessários ainda mais dois passos para que o tratado passe a ter vigor interno: a ratificação por parte do Presidente, com conseqüente promulgação executiva, e a entrada em vigor no Direito Internacional.

O ato do Legislativo apenas autoriza a ratificação do tratado¹⁸, não obriga que a mesma aconteça. Nas palavras de José Afonso da Silva, trata-se de um “ato-condição para a ratificação e promulgação do ato internacional pelo Poder executivo”¹⁹. A ratificação só acontecerá por vontade discricionária do Chefe do Executivo em momento posterior. É até mesmo possível que depois de aprovado ele não o ratifique, por exemplo, por não ser mais do interesse do Estado fazê-lo por uma mudança conjuntural. Caso o tratado seja ratificado, ainda que não exista nenhuma norma constitucional que verse sobre essa obrigatoriedade, sendo ela proveniente de um verdadeiro costume²⁰, o tratado deverá ser promulgado²¹ e devidamente publicado por meio de um Decreto Executivo, no qual constará o inteiro teor do tratado em apenso.

Antes de obrigar internamente, porém, é preciso que o tratado tenha vigência internacional. Assim, a entrada em vigor de um tratado bilateral só acontece com a troca de informações ou com a

¹⁸ XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 96

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, São Paulo: Malheiros editores, 2009, p.403

²⁰ Como destaca Mazzuoli, “nenhuma Constituição Brasileira jamais trouxe, taxativamente, dispositivo expresso e taxativo determinando este procedimento de promulgação interna de tratados. Nunca houve regra expressa, na história do constitucionalismo brasileiro, a determinar que os tratados internacionais ratificados pelo Presidente da República devessem ser promulgados internamente, via decreto executivo, para que somente assim pudessem ter vigência e aplicabilidade internas”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 4 ed p. 325.

²¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 4 ed, p. 313; FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, PP. 68-69.

troca de instrumentos de ratificação. No caso de atos multilaterais ela se dá pelo depósito da carta ou instrumento de ratificação junto à organização ou Estado responsável pelas funções de depositário. Há vezes ainda que o depósito por si só não é suficiente, ou seja, nos casos em que o tratado estabelece número mínimo de depósitos para entrar em vigor²².

A verdade é que o tratado passa a vigorar para o Brasil não com Decreto Executivo e sim com a troca ou depósito dos instrumentos de ratificação. O próprio governo brasileiro reconhece isso nos considerandos que vêm precedendo os decretos de promulgação dos tratados, nos quais consta a data desses atos como sendo a em que o tratado passou a vigorar no Brasil. Assim, o decreto de execução apenas atesta e dá ciência a todos que o tratado já existe e que foram cumpridas as exigências para sua celebração. Indica também que o compromisso internacional já é juridicamente exigível e obriga a todos sua observância²³. A eficácia da promulgação retroage à data de entrada em vigor do tratado na ordem internacional, sendo uma evidência de que o mesmo vigora internamente como fonte internacional e não interna²⁴.

Considerando que a promulgação não é um ato transformador do tratado internacional em direito interno, a falta dela não pode ser invocada como justificativa de não cumprimento das obrigações convencionais dos estados, como resulta do art. 27 da CVDT. Embora um tratado não publicado não seja oponível aos particulares de forma que não lhes podem ser exigidas obrigações derivadas do mesmo, o fato é que eles podem ser invocados pelos particulares para exigir direitos que deles decorram²⁵.

²² Por exemplo a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, o Tratado de Roma e o Protocolo de Kyoto.

²³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 4 ed, p. 323.

²⁴ XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p.99.

²⁵ XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p.99.

Uma vez ratificado o tratado, o Judiciário pode atuar. O STF, como guardião da Constituição, tem competência para decidir, mediante recurso extraordinário, sobre a inconstitucionalidade de tratados internacionais (Art. 102, III, b, CR). O STJ, por sua vez, tem competência para julgar recursos especiais acerca de decisão que contrarie ou negue vigência a tratados (Art. 105, III, a, CR) e aos Juízes Federais competente julgar as “causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional”, e também “os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no país, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente” (art. 109, III e V, CR). Fora esses casos de competência privativa, todos os juízes estão autorizados a utilizar tratados internacionais em suas decisões.

No momento da aplicação dos tratados é que é possível verificar qual hierarquia destes no ordenamento interno, sendo este um ponto bastante controvertido tanto em âmbito jurisprudencial quanto doutrinário, o qual passa-se agora a analisar.

Como dito, a Constituição não estabelece de forma expressa qual a relação entre Direito Internacional e direito interno. Existe, porém, uma referência que nos indica de forma conclusiva que os tratados não são incorporados com status constitucional. Trata-se do há pouco mencionado art. 102, III, b do Diploma Constitucional. Segundo ele, o Supremo Tribunal Federal é competente para “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em última ou única instância, quando a decisão recorrida (...) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”. Partindo-se, pois, da ideia basilar do controle de constitucionalidade, qual seja de que “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição”²⁶, tem-se que o tratado só pode ter hierarquia de lei ou de ato normativo, e que, no caso, o mesmo foi afirmado contrário à Constituição²⁷. Não se

²⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 22 ed, São Paulo: Atlas, 2007. p. 691.

²⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, Vol. 3, 23. ed. Rev. E atual., por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen, São Paulo:

concede o controle de constitucionalidade de uma norma que já seja constitucional. Definido isto, basta saber se os tratados incorporados estão acima das leis ordinárias, abaixo delas ou se, na verdade, ambos têm a mesma hierarquia. Jurisprudência e doutrina têm repostas diferentes para o problema.

Desde 1977²⁸ vigora na jurisprudência do STF o entendimento de que o tratado, “uma vez formalizado, passa a ter força de lei ordinária, podendo, por isso, revogar disposições em contrário ou ser revogado (perder eficácia) diante de lei posterior”²⁹, caso em que aconteceria o chamado *treaty override*. Exemplo desse entendimento é o despacho monocrático proferido pelo Ministro Celso de Mello, no Habeas Corpus 77.631-5/SC³⁰. De acordo com ele a não revogação seria uma ofensa à Constituição ao exercício pelo Congresso Nacional de sua típica atividade qual seja a de legislar.

De acordo com o Direito Internacional, estaríamos nesse caso diante de uma denuncia unilateral do tratado por parte de um poder que não é competente para fazê-lo, o que não é jurídico e nem mesmo compreensível. A denúncia é uma prerrogativa exclusiva do Presidente da República. Deixar de aplicar o tratado aplicando lei ordinária posterior é criar uma falsa hierarquia e pode implicar em responsabilização internacional. Trata-se de uma afronta clara a um dos princípios mais caros ao direito dos tratados, o *pacta sunt servanda*.

Ao assumir um compromisso internacional quem se compromete não é o Executivo e sim “toda a Nação, toda a comunidade que integra o Estado”³¹. Ou seja, todos ficam obrigados a cumprir e respeitar o tratado, não cabendo ao Legislativo editar lei que venha

Saraiva, 2009. p.171.

²⁸ Data em que foi julgado o Recurso Extraordinário 80.004 – SE no qual o STF decidiu que não há prevalência hierárquica entre os tratados internacionais e as leis internas, podendo uma lei ordinária revogar um tratado anterior.

²⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 4 ed, p. 335.

³⁰ Como se verá a frente, o STF avançou neste entendimento com relação aos tratados de direitos humanos.

³¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 4 ed, p.337.

contra o mesmo³². Trata-se de uma obrigação negativa para o legislativo vinda de sua aquiescência ao aprovar o tratado, como explica Mazzuoli:

Aprovado o tratado pelo Congresso, e sendo este ratificado pelo Presidente da República, suas disposições normativas, com a publicação do texto, passam a ter plena vigência e eficácia internamente. E de tal fato decorre a vinculação do Estado no que atinge à aplicação das normas, devendo cada um dos seus Poderes cumprir a parte que lhes cabe nesse processo: ao Legislativo cabe aprovar as leis necessárias, abstando-se de votar as que lhe sejam contrárias; ao Executivo fica a tarefa de bem e fielmente regulamentá-las, fazendo todo o possível para o cumprimento de sua fiel execução; e ao Judiciário incumbe o papel preponderante de aplicar os tratados internamente, bem como as leis que o regulamentam, afastando a aplicação de leis nacionais que lhes sejam contrárias³³

É preciso destacar, porém, que ainda que a Constituição não estabeleça a superioridade dos tratados internacionais incorporados em relação às leis ordinárias, a legislação infraconstitucional dá subsídio para defender tal posicionamento. O art. 5º do Código Penal, alterado pela Lei nº 7.209/84, é um exemplo claro, dispondo que: “Aplica-se a lei brasileira, **sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional**, ao crime cometido no território nacional” (grifo nosso). De modo similar, o art. 1º, I do Código de Processo Penal estabelece que: “O processo penal rege-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, **ressalvados os tratados, as convenções e regras de direito internacional**” (grifo nosso). Da mesma forma, tem-se o art. 7º da Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) com assertiva de que “os direitos previstos neste código **não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário**” (grifo nosso). Dizer que não se exclui, se ressalva ou que não há prejuízo a tratados, aqui

³² Sob pena de gerar responsabilidade internacional do Estado como um todo, como estabelece o art. 4º do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional do Estado (*Draft Articles on State Responsibility*)

³³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 4 ed, p.339

como termo genérico, é o mesmo que afirmar que eles estão acima das normas estabelecidas por estes diplomas³⁴.

2.2 Os Tratados de Direitos Humanos

Promulgada no contexto histórico posterior à Ditadura Militar, a Constituição Federal de 1988 é marcada pelo início do processo de redemocratização do Estado brasileiro e pela consolidação das garantias dos direitos fundamentais. Correspondendo a um movimento internacional de humanização e proteção dos direitos humanos, a Constituição de 88 elegeu a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos como princípios fundamentais da República. No tangente à abertura do sistema jurídico nacional ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, a Constituição estabeleceu em seu parágrafo 2º do art. 5º uma inovação importante:

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Desta forma, o Diploma Constitucional de 88 passou a reconhecer, neste âmbito, uma dupla frente normativa³⁵, ou seja, aquela advinda do direito interno, presente nos direitos expressos e implícitos na Constituição, e aquela advinda do Direito Internacional, fruto de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte.

A compreensão da amplitude de tal dispositivo, porém, nunca foi pacífica entre a doutrina e a jurisprudência brasileira. Para grande parte dos doutrinadores, a interpretação do parágrafo 2º levava à conclusão do caráter materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos³⁶ ao observar-se o contexto internacional de expansão da

³⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 4 ed, pp.345-6

³⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 4 ed, p.765

³⁶ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Os tratados na Jurisprudência do Supremo*

proteção dos direitos humanos. Desta forma, como entende Valério de Oliveira Mazzuoli,

Se os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluem outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição os inclui no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu bloco de constitucionalidade³⁷

Nesse sentido, a dualidade de fontes que proporciona a completude do sistema de proteção aos direitos humanos significaria que, em caso de conflito, aplicar-se-ia o princípio *pro homine*³⁸, ou seja, aplicar-se-ia a norma - ou mesmo ambas as normas conflitantes - naquilo que for mais favorável à pessoa protegida, sem que seja necessário recorrer aos princípios tradicionais de solução de conflitos (hierarquia, especialidade e cronologia).

No campo jurisdicional, entretanto, desde 1977 os tratados incorporados têm sido entendidos como lei federal ordinária³⁹, o que não se alterou com o disposto pelo parágrafo 2º:

De qualquer forma, no magistério de Francisco Rezek, vinculado em Direito dos Tratados, uma vez promulgada, a Convenção [Interamericana de Direitos Humanos] passa a integrar a ordem jurídica em patamar equivalente ao da legislação ordinária⁴⁰

Considerando-se este entendimento, um possível conflito entre um tratado incorporado e uma lei nacional seria resolvido através dos

Tribunal Federal, in. Revista de Informação Legislativa, Ano 41, nº 162, Brasília: Senado Federal, pp. 38-39; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 4 ed, pp. 765-766.

³⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 4 ed, pp. 764-765.

³⁸ Veja mais sobre este princípio em RAMOS, André de Carvalho, *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 96. Caso *Golder* Corte Europeia de Direitos Humanos, Pareceres Consultivos nº 2 e 5, da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

³⁹ RE 80.004-SE.

⁴⁰ HC 72.131-RJ, 1995, página 13, voto do relator, Ministro Marco Aurélio

princípios tradicionais de hierarquia, especialidade e cronologia, de maneira que um tratado poderia ser derogado por simples lei ordinária⁴¹. Do ponto de vista do Direito Internacional, porém, tal interpretação também geraria o problema do chamado *treaty override*⁴², possibilitando que um país denunciasse unilateralmente um tratado internacional ao revogá-lo por lei posterior incompatível.

Com o objetivo de solucionar o problema da interpretação do parágrafo 2º, a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004 inseriu no art. 5º o parágrafo 3º:

§ 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.

Anteriormente à entrada em vigor da Emenda 45, os tratados internacionais eram exclusivamente aprovados por maioria simples no Congresso (art. 49, I) antes de sua ratificação pelo Presidente da República, o que gerava as controvérsias sobre o seu caráter de lei ordinária. O que acontece, porém, é que a disposição do parágrafo 3º induz à conclusão de que apenas os tratados aprovados pelo quórum qualificado possuiriam status de norma Constitucional, abrindo a possibilidade de existência de tratados que, por não terem sido aprovados por este quórum, teriam caráter infraconstitucional.⁴³ Desta forma, a disposição do parágrafo 3º cria uma situação de desequilíbrio ao estabelecer categorias jurídicas diferentes para tratados que versam sobre o mesmo tema e possuem o mesmo fundamento de validade, impossibilitando a tão necessária harmonia e integração do sistema de proteção aos direitos humanos no Brasil.

Outro problema que surge da aplicação deste parágrafo relaciona-se com os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente

⁴¹ Acórdão do STF no RE 80004-SE.

⁴² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 4 ed, p.335

⁴³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 4 ed, p. 770

à Emenda 45. Vários tratados importantes, como a Convenção Americana sobre Direito Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, perderiam - de acordo com o entendimento até então majoritário na doutrina – o caráter de norma constitucional caso não fossem agora aprovados pelo quórum qualificado.

Tentando solucionar estes problemas e uniformizar a matéria, iniciou-se o desenvolvimento de um entendimento diferenciado no Supremo Tribunal Federal com o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, de março 2000. No Recurso Ordinário em Habeas Corpus 79.785-RJ, ao analisar um suposto conflito entre a Constituição brasileira e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CADH) no que tange à prisão civil do depositário infiel, o Ministro defende que deve ser feita uma interpretação da Convenção “à luz de nosso ordenamento constitucional e seus princípios” e que “a soberania jurídica nacional não sobre qualquer dano com a aplicação do disposto na CADH, muito pelo contrário, caminha na estrada do moderno direito penal mundial”.

Nesse sentido, Sepúlveda Pertence conclui, pela primeira vez no âmbito do STF, que embora não tenha ainda “certezas amadurecidas”, aproxima-se mais do entendimento já defendido por doutrinadores como Antônio Augusto Cançado Trindade⁴⁴ e Flávia Piovesan⁴⁵ de “aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias nela presentes⁴⁶.”

Posteriormente, a defesa da supralegalidade dos tratados de direitos humanos é consolidada em dois votos importantes, o voto

⁴⁴ Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção de direitos humanos nos planos internacional e nacional, em Arquivos de Direitos Humanos, 2000, p. 43.

⁴⁵ A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos

⁴⁶ RHC 79785RJ, Voto Ministro Sepúlveda Pertence, p.22

do Min. Gilmar Mendes, em novembro de 2006, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-SP, e o voto do Ministro Celso de Mello, em dezembro de 2008, no julgamento do Habeas Corpus 87.585-TO. Naquela ocasião, o Min. Gilmar Mendes entende que não existiria mais base legal para prisão civil do depositário infiel uma vez que “o caráter especial desses diplomas internacionais de direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna⁴⁷”. Esta foi a primeira vez em que se afirmou expressamente o caráter supralegal desses tratados. Finalmente, em 2008 o Min. Celso de Mello reitera o caráter supralegal dos mesmos citando o voto do Ministro Gilmar Mendes e ressalta:

O Pacto de São José da Costa Rica constitui instrumento normativo destinado a desempenhar um papel de extremo relevo no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos básicos da pessoa humana, qualificando-se, sob tal perspectiva, como peça complementar no processo de tutela das liberdades públicas fundamentais.⁴⁸

Embora a ideia da supralegalidade represente um passo importante no desenvolvimento do entendimento da relação entre Direito Internacional e direito interno, a proposta ainda não foi capaz de solucionar os problemas advindos do parágrafo 3º do art. 5º. Como explicita Valério de Oliveira Mazzuoli, “a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada peca por desigualar tais instrumentos em detrimento daqueles internalizados pela dita maioria, criando uma duplicidade de regimes jurídicos imprópria para o atual sistema de proteção de direitos.”⁴⁹

Nesse sentido, o problema da criação de diferentes categorias para tratados que possuem os mesmos fundamentos de validade perdura. A diferença entre os instrumentos incorporados através do § 2º ou do § 3º é que, no primeiro caso, o tratado é materialmente

⁴⁷ RE466347-1SP, Voto Ministro Gilmar Mendes, p. 86

⁴⁸ HC 87585TO, Voto do Ministro Celso de Mello p. 5

⁴⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 4 ed, p. 341

constitucional, ou seja, possui status de norma constitucional, embora formalmente figurem como norma supralegal; enquanto que, no segundo caso, além de materialmente constitucionais, os tratados são também formalmente constitucionais, sendo incorporados como emendas constitucionais⁵⁰.

Na prática, esta interpretação possui três consequências para a aplicação deste tipo de tratado: (i) uma vez que possui status de emenda constitucional, todo texto constitucional conflitante com a norma será reformado, não importando se mais favorável, benéfico, ou não, ao homem do que as previsões constitucionais; (ii) não poderão os tratados serem denunciados⁵¹ - mesmo por Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional – existindo a possibilidade de ser o presidente responsabilizado se o fizer (art. 85, III), uma vez que os tratados de direitos humanos ratificados são cláusulas pétreas, impossibilitando sua revogação; (iii) serão paradigma para o controle concentrado de convencionalidade, podendo invalidar *erga omnes* as normas infraconstitucionais com eles incompatíveis⁵².

Isto posto, verifica-se que a Emenda 45 não conseguiu resolver a controvérsia de maneira satisfatória. Tendo em vista o entendimento anterior de que os tratados possuiriam natureza materialmente constitucional, teria andado melhor a Emenda se houvesse corroborado tal posicionamento em lugar de tentado contorná-lo⁵³.

⁵⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 4 ed, p. 780

⁵¹ Com base no art. 60, §4º, IV, são cláusulas pétreas “os direitos e garantias individuais”, não podendo ser objeto de emenda tendente a aboli-los.

⁵² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 4 ed, p. 780-781

⁵³ Vale ressaltar o posicionamento de Caçado Trindade quanto à Emenda 45, considerando-a “retrocesso provinciano [que] põe em risco a interrelação ou indivisibilidade dos direitos protegidos em nosso país (previstos nos tratados que o vinculam), ameaçando-os de fragmentação ou atomização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos eivados de obscurantismo (...). Os triunfalistas da recente Emenda Constitucional nº 45/2004 não se dão conta de que, do prisma do Direito Internacional, um tratado ratificado por um Estado o vincula *ipso juri*, aplicando-se de imediato, quer tenha ele previamente obtido aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Tais providências de

Depois de todo o exposto, é possível defender que a produção normativa estatal deve ter como parâmetro não só o ponto de vista formal ou procedimental, mas também o material, tendo como limite tanto a Constituição como os tratados de direitos humanos, detentores de status constitucional, além dos tratados internacionais comuns, supralegais.

2.3. Os Tratados Internacionais em Matéria Tributária

O único momento em que a legislação brasileira faz menção expressa à superioridade hierárquica dos tratados internacionais sobre o direito interno é o art. 98 do Código Tributário Nacional, que expõe:

Artigo 98

Os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhes sobrevenha

Tal disposição encontra-se, portanto em sintonia com o art. 27 da CVDT e respeita por completo o princípio do *pacta sunt servanda* ao atribuir expressamente a supremacia ao Direito Internacional. Sendo assim, a norma do art. 98 é destinada aos três poderes tributantes - a União, os Estados e os Municípios – e, a partir da entrada em vigor de um tratado no ordenamento interno, ele, sem que seja necessária

ordem jurídica interna – ou, ainda menos, de *interna corporis* – são simples fatos do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, ou seja, são, do ponto de vista jurídico internacional, inteiramente irrelevantes. A responsabilidade internacional do Estado por violações comprovadas de direitos humanos permanece inatingível, independentemente dos malabarismos pseudo-jurídicos de certos publicistas (...) , que nada mais fazem do que oferecer subterfúgios vazios aos Estados para tentar evadir-se de seus compromissos de proteção do ser humano no âmbito do contencioso internacional dos direitos humanos.” TRINDADE, Caçado. Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI, in *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo*, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (org.), Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2007, p.209, nota nº 6.

qualquer ação legislativa de qualquer deles, modifica ou revoga suas normas automaticamente.

Muitas foram as críticas doutrinárias a respeito desse artigo. Primeiramente, alguns alegaram que não se trataria de revogação, mas de derrogação⁵⁴, já que o que existe é uma prevalência da norma internacional sobre a interna e não uma absoluta exclusão da primeira. Todavia, entende-se que derrogação é espécie do gênero revogação - que apresenta tanto o caráter de revogação absoluta, ou ab-rogação, quanto o de revogação parcial, ou derrogação - não havendo qualquer problema em utilizar tal nomenclatura⁵⁵.

Outra crítica comum seria a relativa à inconstitucionalidade da norma, já que só a Constituição poderia ter disposto sobre hierarquia de tratados e, como a mesma é silente, não haveria lugar para o art. 98⁵⁶. É importante frisar, entretanto, que o CTN foi recepcionado pela Constituição como norma complementar por força do art. 146, I e, como tal, de acordo com o art. 59, II, tem papel de complementar as normas constitucionais e regular as limitações constitucionais ao poder de tributar, precisamente o que resulta da supremacia hierárquica dos tratados⁵⁷.

Inicialmente, porém, a jurisdição brasileira encontrou grande resistência em aplicar o dispositivo, estabelecendo-se o entendimento de uma distinção entre a aplicação para os chamados tratados-contrato e para os tratados normativos. Segundo diversos acórdãos do Superior

⁵⁴ XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p.92; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 4 ed. p.91

⁵⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 4 ed. p. 352

⁵⁶ BORGES, José Alfredo, *Tratado internacional em matéria tributária como fonte de direito*, in Revista de Direito Tributário, São Paulo, nº 27/28, jan/jul./1984, p.172. ROCHA, Sérgio André, *Treaty override no ordenamento jurídico brasileiro: o caso das convenções para evitar a dupla tributação da renda*, São Paulo, Quartier Latin, 2007, pp.82-83.

⁵⁷ XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p.92; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 4 ed. p.353.

Tribunal de Justiça⁵⁸, para que fosse possível uma interpretação do artigo de acordo com a Constituição seria necessário que seu âmbito de aplicação se restringisse aos tratados contratuais - que não dão causa à criação de uma regra geral e absoluta de direito internacional, mas à estipulação recíproca e concreta das respectivas prestações e contraprestações individuais e com fins comuns –, em detrimento dos tratados normativos - os quais, por sua vez, criam normatividade geral de direito internacional, constituindo-se normalmente em grandes convenções internacionais⁵⁹.

Tal entendimento apresenta, contudo, certa ausência de fundamentação jurídica uma vez que a lei não faz menção a qualquer distinção entre os tipos de tratados ou convenções. Estes termos são expressões utilizadas como sinônimos na linguagem diplomática, sendo incabível uma inferência de que reportariam a uma dicotomia entre tratados-contrato e tratados normativos⁶⁰. Trata-se de simples aplicação do princípio de hermenêutica *ubi Lex non distinguit*, ou seja, onde a lei não distingue, não devemos distinguir⁶¹.

Nesse sentido, como ressalta Francisco Rezek, “a distinção entre tratados contratuais e tratados normativos vem padecendo de incessante perda de prestígio⁶²”, opinião que tem sido corroborada por grande parte da doutrina⁶³. Conclusivamente, não existe qualquer inconstitucionalidade no art. 98 e sua aplicação deve ser irrestrita.

⁵⁸Acórdão STJ RE25363-2-RJ, Relator Ministro Hélio Mosimann; Acórdão STJ RE41147-5-PR, Relator Ministro Demócrito Reinaldo; Acórdão STJ RE35774-8RS, Relator Ministro César Asfor Rocha.

⁵⁹MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 4 ed. p. 355

⁶⁰XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p.93

⁶¹MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 4 ed. p. 355

⁶²Direito Internacional Público, 2ª edição, São Paulo, 1991, p.29.

⁶³MELO, Celso de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, 9ª edição, I, Rio de Janeiro, 1992, p. 164-165; CUNHA, Silva *Direito Internacional Público*, 5ª edição, Coimbra, 1991, 188-190; XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p.94

Conclusão

Partindo-se da constatação da pluralidade de sistemas de incorporação de tratados e de sua devida hierarquia no ordenamento interno, observa-se a necessidade patente de uma consolidação doutrinária e jurisprudencial do tema. A questão assume ainda maior relevância quando se trata de tratados comuns, visto que os tratados em matéria tributária já possuem regra expressa a esse respeito, qual seja o art.98 do Código Tributário Nacional, e os tratados concernentes a direitos humanos possuem entendimento jurisprudencial recentemente firmado, embora este seja divergente da posição doutrinária ora defendida.

Não se nega a possibilidade da existência de procedimentos formais para a incorporação de tratados. Perante o Direito Internacional os Estados são soberanos para estabelecer como se dará a relação entre seu ordenamento interno e aquele. Desta forma, não se defende a padronização quanto à forma de incorporação nos três sistemas apresentados ou quanto à hierarquia assumida por estes tratados no ordenamento brasileiro. Mostrou-se necessário que os tratados em matéria de proteção dos direitos humanos sejam colocados com *status* constitucional e que se estabeleçam formas mais diretas para sua aplicação.

De fato, parece ser o entendimento correto o reconhecimento expresso de que todos os tratados ratificados pelo Brasil têm status superior ao ordenamento infraconstitucional, devendo os mesmos ser aplicados efetivamente por parte dos tribunais internos além de observados no processo legislativo. Não o fazer seria negar sua eficácia, violar o *pacta sunt servanda* e, conseqüentemente, criar a possibilidade de responsabilização internacional do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hidelbrando. A ratificação e a promulgação dos tratados em face da Constituição Federal brasileira, in *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, nº 7, Rio de Janeiro, jan/jun 1948.

BONAVIDES, Paulo. *Comentários à Constituição Federal de 1988*, Rio e Janeiro: Editora Forense, 2009.

BORGES, José Alfredo, *Tratado internacional em matéria tributária como fonte de direito*, in *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, nº 27/28, jan/jul./1984.

CARREAU, Dominique. *Droit International*. Paris: Edition A. Pedonne, 2007.

EVANS, Malcolm D. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

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

MELO, Celso de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, 9ª edição, I, Rio de Janeiro, 1992.

PELLET, Alain. DAILLIER, Patrick. FORTEAU, Mathias. *Droit International Public*. Paris : LGDJ, 2009. 8 ed.

RAMOS, André de Carvalho, *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

REZEK, José Francisco. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, ano 41, nº 162, Brasília: Senado Federal, abr./jun./2004.

ROCHA, Sérgio André, *Treaty override no ordenamento jurídico brasileiro: o caso das convenções para evitar a dupla tributação da renda*, São Paulo, Quartier Latin, 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, Vol. 3, 23. ed. Rev. E atual., por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen, São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, São Paulo: Malheiros editores, 2009.

TRINDADE, Cançado. Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI, in *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo*, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (org.), Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2007.

VALLADÃO, Haroldo A. Aprovação de Ajustes Internacionais pelo Congresso Nacional, in *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, jan/dez. 1950.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Os tratados na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, in. Revista de Informação Legislativa, Ano 41, nº 162, Brasília: Senado Federal.

XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010,

Recebido em 15/04/2011 - Aprovado em 05/05/2011