



FORÇA NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Lauro Tércio Bezerra Câmara

Acadêmico do 10º período do Curso
de Direito da UFRN

RESUMO

Examina os aspectos normativos dos tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro, diante da controvérsia doutrinária e jurisprudencial instaurada em face da insuficiente regulamentação constitucional. Objetiva delimitar o *status* hierárquico das convenções internacionais na ordem jurídica interna, à luz da Constituição Federal e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Conceitua os tratados internacionais como sendo o acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público destinado a produzir efeitos jurídicos. Expõe a controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da recepção das normas internacionais no direito brasileiro, aludindo às teorias que buscam explicar o fenômeno, o dualismo e o monismo. Delimita a competência para ratificação dos tratados internacionais no direito brasileiro (*treaty-making-power*) e a qualifica como ato subjetivo complexo. Discorre acerca do procedimento de incorporação das normas internacionais, aludindo às etapas: negociação, assinatura, *referendum*, ratificação e promulgação. Analisa as disposições da Constituição Federal, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, acerca da hierarquia dos tratados internacionais na ordem pátria, concebendo-as classicamente com *status* infraconstitucional, equiparadas à legislação ordinária federal, com os respectivos efeitos para fins de solução de antinomias, controle de constitucionalidade, etc. Apresenta casos peculiares no direito pátrio, definindo a posição hierárquica, supralegal, dos tratados internacionais sobre matéria tributária e direitos humanos e, constitucional, das convenções sobre direitos humanos aprovadas com *quorum* de maioria qualificada. Apresenta as considerações finais, definindo os três níveis hierárquicos assumidos pelos tratados internacionais na ordem interna, com vistas a velar pela dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Tratados internacionais. Hierarquia. Força normativa. Ordem constitucional brasileira.

1 INTRODUÇÃO

Quando da criação da Corte Internacional de Justiça de Haia, observou-se a necessidade de discriminar um rol das formas de expressão do direito internacional público, de modo a constituir um roteiro das fontes normativas do direito internacional. Assim, o Estatuto da Corte relacionou os tratados, os costumes e os princípios gerais de direito, como fontes; aludiu à doutrina e à jurisprudência, como meios auxiliares na determinação das regras jurídicas; e facultou, sob certas condições, o emprego da equidade na solução dos conflitos internacionais.

O tratado internacional é conceituado como todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público e destinado a produzir efeitos jurídicos (REZEK, 2007, p. 14). Cuida-se de acordo formal, porquanto exige a forma escrita; concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, uma vez que são legitimados os entes que detenham tal qualidade – Estados soberanos, ao qual é equiparada a Santa Sé, e as Organizações Internacionais –; e destina-se a produzir efeitos jurídicos, porque, verificado o *animus contrahendi* e a qualidade das partes, a produção de efeitos na ordem jurídica é essencial ao pacto.

As convenções internacionais vêm enfrentando problemas práticos acerca do ingresso, da hierarquia e, por conseguinte, da sua força normativa no ordenamento brasileiro, porque a Constituição Federal de 1988 nada dispôs genericamente acerca do tema, sendo causa de grandes controvérsias sua eficácia na ordem jurídica pátria. Tanto assim, que inúmeras questões foram levadas aos tribunais nos últimos anos, tais como os acordos em matéria tributária, a responsabilidade do transportador aéreo, a aplicação das Convenções da OIT, os protocolos assinados no âmbito do MERCOSUL e os direitos humanos.

No presente trabalho, abordaremos os aspectos da internalização dos tratados internacionais ao direito pátrio, de modo a verificar sua eficácia no plano jurídico interno, tendo em conta os preceitos contidos na Constituição Federal, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o entendimento da doutrina. De início, analisaremos sua incorporação à ordem jurídica pátria, com enfoque para as questões da competência e procedimento; em seguida, abordaremos a questão da hierarquia dos pactos internacionais no direito nacional, discorrendo acerca de sua força normativa; e, por fim, apresentaremos as considerações finais do estudo.

2 DA INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS AO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Doutrinariamente, a celeuma acerca da eficácia das normas externas no direito interno gira em torno de duas correntes, o dualismo e o monismo.

Na doutrina dualista¹, há evidente distinção entre o plano internacional e o interno do direito, concebendo-se ordenamentos jurídicos rigorosamente inde-

¹ A doutrina dualista encontra defensores como Triepel, na Alemanha, e Dionísio Anzilotti, na Itália, seguidos por Amílcar de Castro, no Brasil.



pendentes. Assim, o direito internacional disciplinaria as relações entre os Estados, e entre estes e os demais protagonistas da sociedade internacional, e o direito interno, as relações intra-estatais, sem qualquer conexão com elementos externos. Bosen (2000, p. 147) critica essa teoria por não conseguir provar a aludida distinção entre normas internas e externas, uma vez que, ao editá-las, a vontade do Estado é sempre de se autolimitar, independentemente do âmbito em que se dará essa limitação.

Na doutrina monista², não há distinção entre o plano internacional e o interno do direito, ambos integrando um ordenamento jurídico unificado, de modo que não cabe distinguir as normas internas das externas³. Assim, o direito constituiria uma unidade, abrangendo a ordem internacional e a interna, sendo imperativa a existência de normas nacionais a coordenar os domínios, de modo a estabilizar eventuais conflitos (BOSON, 2000, p. 138).

Nessa corrente, não há consenso entre seus defensores de qual norma prevaleceria em caso de antinomia: os internacionalistas, dentre os quais Kelsen, defendem a prevalência da norma internacional sobre a interna, retirando esta seu fundamento de validade daquela, e os nacionalistas, dentre os quais Hegel, argumentam pelo primado da norma interna de cada Estado soberano sobre as externas, sendo a adoção dos preceitos internacionais uma faculdade discricionária estatal.

Analisando as três correntes doutrinárias, Rezek (2007, p. 05) constata que nenhuma delas é imbatível a críticas, mas que discutem o problema sob diferentes perspectivas. Assim, o dualismo enfatiza a diversidade das fontes de produção das normas jurídicas, com enfoque nos limites de validade do direito internacional na ordem interna; a monista internacionalista volta-se para a idealização de uma ordem jurídica uníssona, com prevalência das normas internacionais; e, por fim, a monista nacionalista dá relevo à soberania de cada Estado, com respeito à ordem constitucional interna.

Diante disso, Carvalho (2007, p. 570) adota a teoria dualista, quando vislumbra a necessidade da incorporação dos acordos internacionais ao direito interno, como condição de executoriedade, uma vez que concebe planos normativos independentes. De outro lado, Rezek (2007, p. 06) e Moraes (2006, p. 461) aceitam a teoria monista nacionalista, quando tratam do conflito entre as convenções internacionais e as normas nacionais, sobretudo em razão da forma como o Supremo Tribunal Federal vem enfrentando a questão, primando pela supremacia da Constituição.

2.1 Competência

De início, cumpre distinguir a competência acerca da decisão sobre trata-

² O monismo é defendido por Kelsen, na Alemanha, e Valladao, Tenorio, Celso Albuquerque Mello e Marotta Rangel, no Brasil.

³ Neste estudo, aludimos ao monismo lógico, defendido por Kelsen, com fulcro na Teoria do Conhecimento, que descreve o direito como uma pirâmide de regras, tendo por base uma Norma Fundamental Hipotética.



dos internacionais, levando-se em conta a produção dos efeitos na ordem jurídica: (a) no ato da assinatura do tratado, referindo-se à competência negocial, que acarreta eficácia imediata apenas na ordem internacional, e (b) no ato da incorporação definitiva à ordem interna, aludindo ao *treaty-making-power*, que torna o pacto internacional eficaz igualmente no direito pátrio.

A competência negocial compreende a capacidade para entrar em negociações internacionais das quais possam advir acordos positivados, sendo inerente aos Estados soberanos por disporem de representatividade na sociedade internacional. Nesse momento não vem à baila a disciplina constitucional doméstica, uma vez que é vedado aos pactuantes invocar direito interno para justificar o não cumprimento do acordo internacional (REZEK, 2007, p. 34).

A Convenção de Viena de 1969, em seu art. 7º, estabelece a competência do Chefe de Estado para vincular o país mediante celebração de acordo internacional. No mesmo sentido, a Constituição Federal de 1988 estabelece competir "privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional"⁴.

O *treaty-making-power* compreende a competência do Estado para comprometer-se no âmbito externo, de modo que as convenções internacionais também adquiram vigência nos limites territoriais do Estado, mediante a observância das normas internas em países que adotam o sistema dualista⁵. No direito brasileiro, essa competência é partilhada entre o Chefe do Executivo, que participa das negociações e ratifica os tratados, e o Legislativo, que os aprova definitivamente no âmbito interno, quando acarretarem eventuais encargos ao país.

De acordo com o art. 49, inc. I, da Constituição Federal, o Congresso Nacional detém competência exclusiva para "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional"⁶. Todavia, o procedimento de incorporação dos tratados internacionais, conforme será demonstrado adiante, somente estará aperfeiçoado após devidamente ratificado pelo Presidente da República perante os demais pactuantes.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal afirma resultar a incorporação do tratado internacional da conjugação de vontades homogêneas:

a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe da competência para promulgá-los mediante decreto⁷.

⁴ Art. 84, inc. VIII, da Constituição Federal.

⁵ STF, **ADI-MC 1.480**, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 04.09.1997, DJU 18.05.2001, p. 429.

⁶ Embora a competência do Congresso Nacional restrinja-se aos tratados que veiculem potencial interferência no patrimônio estatal, a prática brasileira tem revelado a necessidade de aprovação pelo Poder Legislativo para qualquer pacto internacional, ainda que não tenha natureza pecuniária.

⁷ STF, **ADI-MC 1.480**, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 04.09.1997, DJU 18.05.2001, p. 429.



Portanto, constata-se que o legislador pátrio concebeu um ato subjetivamente complexo para a incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento nacional, ao partilhar o *treaty-making-power* entre o Presidente da República, no plano externo, e o Congresso Nacional, no plano interno, quando resultem encargos potenciais ao patrimônio nacional.

2.2 Procedimento

De modo geral, a doutrina divide o procedimento de incorporação em etapas, quais sejam: negociação, assinatura, *referendum* (ou aprovação), ratificação e promulgação. Rezek (2007, p. 25) ainda concebe o procedimento simples, o qual se aperfeiçoa com as fases de negociação, assinatura e publicação. No Brasil, mesmo os tratados celebrados no âmbito do MERCOSUL são incorporados à ordem jurídica interna pelo procedimento completo⁸.

O Supremo Tribunal Federal assim concebe as etapas de incorporação dos acordos internacionais, esclarecendo sua natureza de ato político-jurídico⁹:

A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do Mercosul depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então — e somente então — a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. O sistema constitucional brasileiro não consagra o princípio do efeito direto e nem o postulado da aplicabilidade imediata dos tratados ou convenções internacionais.

A negociação compreende etapa preliminar em que o conteúdo do tratado é discutido entre os sujeitos envolvidos. Em se tratando de pacto bilateral, não há regras procedimentais preestabelecidas; em se tratando de convenção multilateral, normalmente ocorre nos congressos e conferências internacionais (SILVA, 2005, p. 58). Em seguida, com a assinatura consuma-se a celebração do tratado, de modo a encerrar o ciclo de negociações, dando início à vigência do pacto no plano interna-

⁸ Art. 38 do Protocolo de Ouro Preto de 1994.

⁹ STF, **CR-Agr** 8.279, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 17.06.98, DJU de 10-8-00, p. 06.



cional, inclusive responsabilizando o signatário perante as demais partes, em caso de descumprimento.

O *referendum* inicia a incorporação em sentido estrito dos tratados, oportunidade em que o Legislativo resolve definitivamente sobre as convenções celebradas pelo Executivo, incumbindo ao Congresso Nacional aprová-las, mediante votação, em regra, da maioria simples de cada Casa Legislativa¹⁰. Aprovado o tratado, edita-se o respectivo Decreto Legislativo¹¹, com duplo conteúdo: aprovar os termos do tratado internacional e autorizar a ratificação do mesmo pelo Chefe do Executivo.

A ratificação consiste em ato unilateral pelo qual a pessoa jurídica de direito internacional signatária de um tratado exprime definitivamente, na ordem internacional, a vontade de obrigar-se. Caracteriza ato discricionário, pois cabe ao Executivo decidir pela confirmação do pacto, não se vinculando à aprovação do Legislativo, e irretirável, porquanto impossível o desfazimento após formalização, salvo na hipótese de não haver ratificação pela parte adversa, nos tratados bilaterais, ou não alcançar o *quorum* mínimo, nos acordos multilaterais, dentro do prazo estipulado (REZEK, 2007, p. 48-54).

Na prática internacional, através da ratificação o Presidente da República confirma às outras partes, em caráter definitivo, a disposição do Estado de cumprir uma convenção internacional, geralmente estando prevista esta etapa no ajuste inicial do tratado. Dessa forma, entra em vigor internacionalmente o tratado no instante em que as partes comunicam a ratificação, que ocorre comumente pelo depósito dos instrumentos (SILVA, 2005, p. 59).

Por último, ocorre a promulgação e, em seguida, a publicação do Decreto Presidencial, finalizando o procedimento de incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento interno. Dessa forma, o ato normativo atesta a existência da nova regra, que passa a integrar o acervo normativo nacional, com a ordem de ser cumprida tão inteiramente como nela se contém, e a publicação exige sua observância por todos, conferindo-lhe força executória (FRAGA, 1997, p. 69).

Rezek (2007, p. 62) destaca a desnecessidade da promulgação para os acordos executivos, os quais independem de manifestação do Congresso Nacional, uma vez que não acarretam encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Nesse caso, bastará a publicação no Diário Oficial, autorizada pelo Ministro das Relações Exteriores e efetivada pela Divisão de Atos Internacionais do Itamaraty, para introduzir a norma internacional na ordem interna. Em sentido contrário, Araújo (2003, p. 36) afirma inexistir acordos executivos em nosso direito, devendo todos os tratados internacionais ser aprovados pelo Congresso, sem exceções.

3 DA HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NA ORDEM PÁTRIA

Os tratados internacionais podem assumir diferentes níveis hierárquicos

¹⁰ Art. 47 da Constituição Federal.

¹¹ Art. 59, inc. VI, da Constituição Federal.



na ordem jurídica interna, com reflexo em sua força normativa: supraconstitucional, constituindo norma hierarquicamente superior à Constituição; constitucional, situando-se no mesmo nível do diploma constitucional; infraconstitucional, mas supralegal, estando em patamar intermediário entre a Constituição e a lei ordinária; e infraconstitucional, em paridade hierárquica com a lei ordinária.

Embora não conste na Constituição Federal disposição genérica acerca da hierarquia dos tratados internacionais na ordem jurídica pátria, o art. 102, inciso III, alínea *b*, estabelece competir ao Supremo Tribunal Federal “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”.

Analisando o dispositivo, Silva (2005, p. 69) conclui pela prevalência da Lei Fundamental do Estado sobre a norma internacional, em função da soberania (independência) estatal, ainda que isso signifique incorrer em ilícito na ordem internacional, em razão do descumprimento da avença no âmbito interno. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal entende pela supremacia da Constituição em face da norma internacional¹²:

No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. [...] Controle de constitucionalidade de tratados internacionais no sistema jurídico brasileiro. O Poder Judiciário — fundado na supremacia da Constituição da República — dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno.

Boson (2000, p. 170) fundamenta a competência do Estado para receber a matéria de ordem internacional no âmbito interno com fulcro no princípio da autodeterminação dos povos¹³, porquanto toda a matéria essencial ao exercício da ordem jurídica estatal cai no domínio reservado do Estado soberano. Moraes (2006, p. 462) informa que o princípio da supremacia das normas constitucionais constitui regra também no direito comparado, mesmo em Constituições que adotaram critérios para alcançar maior efetividade dos direitos fundamentais.

Diante da supremacia da Norma Fundamental, a norma internacional deve ser intrínseca e extrinsecamente constitucional, conforme ressalta Mello (2000, p. 342): intrinsecamente, porque deve conformar seu conteúdo e procedimento à

¹² STF, **ADI-MC 1.480**, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 04.09.1997, DJU 18.05.2001, p. 429.

¹³ Art. 4º, inc. III, da Constituição Federal.



Constituição, e extrinsecamente, porque deve ser ratificado mediante prévia aprovação do Congresso Nacional, posto que a ratificação imperfeita¹⁴ não traz efeitos no plano interno, embora repercuta na ordem internacional.

Do mesmo modo, eventual conflito de normas deve ser resolvido à luz da Constituição Federal, porquanto seja a sede de determinação da estatura da norma expressa em tratado internacional, com vistas à estabilidade do direito interno (REZEK, 2007, p. 97). Logo, cabe ao Supremo Tribunal Federal a palavra final diante do conflito entre as normas internacionais e a legislação interna, inclusive através de controle de constitucionalidade, vez que é o guardião do Texto Maior¹⁵.

Antes de 1977, a Corte Suprema posicionava-se pela primazia do tratado internacional, quando em conflito com a norma infraconstitucional, atribuindo eficácia supralegal àquele. Na ocasião, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004-SE (Rel. Min. Cunha Peixoto) modificou o entendimento até então adotado pelo Tribunal, no sentido de conceber um tratamento hierárquico paritário entre tratados internacionais e normas internas. Rezek (2007, p. 99) discorre acerca da referida decisão, considerada o *leading case* do pensamento atual da Suprema Corte:

De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, em que assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre o tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela Justiça – não obstante as conseqüências do descumprimento do tratado, no plano internacional. [...] Entenderam as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico.

Com essa decisão, a Corte firmou entendimento pela paridade hierárquica entre tratados internacionais e lei ordinária federal, sob o argumento de inexistir disposição constitucional que assegure posição privilegiada à norma externa na ordem jurídica pátria. Assim, “os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo mera relação de paridade normativa”¹⁶.

¹⁴ A ratificação imperfeita consiste no ato de ratificação do tratado internacional pelo Chefe de Estado sem a devida aprovação pelo Congresso Nacional, quando a Constituição preveja essa etapa como essencial ao procedimento de incorporação das normas internacionais à ordem interna, como ocorre no Brasil.

¹⁵ Art. 102, *caput*, da Constituição Federal.

¹⁶ STF, **ADI-MC 1.480**, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 04.09.1997, DJU 18.05.2001, p. 429.



A equiparação das normas acarreta os seguintes efeitos: (a) diante de um conflito aparente de normas, soluciona-se aplicando o critério cronológico¹⁷ ou, quando cabível, da especialidade; (b) os tratados internacionais não podem regular matérias reservadas à lei complementar, haja vista o exclusivo domínio normativo desta espécie legislativa, com fulcro na Lei Maior; e (c) o Poder Judiciário é competente para efetuar o controle de constitucionalidade das convenções internacionais incorporadas ao sistema de direito positivo interno, em sede abstrata ou difusa.

Aplicando o critério da especialidade para a solução de antinomia, a Corte Suprema assentou que, nos casos de conflitos entre tratado bilateral sobre extradição, que disciplina especificamente relação entre o Brasil e determinado Estado estrangeiro, e as normas internas brasileiras – o Estatuto do Estrangeiro¹⁸ e o Regimento Interno do STF –, que regulam o tema de forma genérica, prevalece a norma internacional, em virtude de sua especialidade em relação à legislação interna (SOARES, 2004, p. 233).

Entretanto, existem regras específicas acerca dos tratados internacionais na ordem pátria, as quais estabelecem casos peculiares: (a) no domínio tributário, consoante disposição do art. 98 do Código Tributário Nacional, e (b) no campo dos direitos e garantias fundamentais, em função do que determinam os §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal.

O art. 98 do CTN estabelece que os tratados internacionais “revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhes sobrevenha”. A peculiaridade encontra-se na parte final do comando legal, ao determinar que os tratados “serão observados pela [lei tributária] que lhes sobrevenha”, conferindo-lhes privilégio perante a legislação tributária interna, elevando-os a nível hierárquico supralegal.

Machado (2008, p. 86) aduz que as convenções internacionais em matéria tributária prevalecem sobre a norma interna, com fundamento na impossibilidade de o país revogar a norma externa pela via legislativa ordinária, em razão do princípio da boa-fé nas relações internacionais. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça¹⁹ entende pela aplicação do princípio da não-discriminação aos tratados-leis em matéria tributária, de modo a impedir o tratamento discriminatório pela lei interna em função da nacionalidade.

No âmbito dos direitos e garantias fundamentais, o § 2º do art. 5º da CF, estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Antes da EC 45/04²⁰, juristas como Piovesan (1996, p. 111), Mazzuoli (2001), Pinheiro (2001, p. 73) e Velloso (2003, p. 347) entendiam que a CF/88 adotara cláusula

¹⁷ Cuida-se da aplicação da regra *later in time*, pela qual se soluciona o conflito de normas com a aplicação da mais recente.

¹⁸ Lei nº 6.815/80.

¹⁹ STJ, REsp 426.945/PR, 1ª Turma, Rel. p/ Ac. Min. José Delgado, julg. 22.06.2004, DJU 25.08.2004, p. 141.

²⁰ A EC 45/04 inseriu o § 3º no art. 5º da CF, dispositivo que será analisado adiante.



geral de recepção plena para os tratados internacionais sobre direitos fundamentais, permitindo sua incorporação imediata, e concedendo-os *status* formal constitucional no ordenamento pátrio, colocando-os em igualdade com os direitos fundamentais explícitos na Constituição.

À época, o Supremo, diversamente da doutrina, entendia pela impossibilidade de incorporação automática das convenções internacionais sobre direito humanos, bem como pela paridade normativa com a lei ordinária federal, nos seguintes termos²¹:

Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressarem em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (o que ficou ainda mais evidente em face de o artigo 105, III, da Constituição que capitula, como caso de recurso especial a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça como ocorre com relação à lei infraconstitucional, a negativa de vigência de tratado ou a contrariedade a ele), não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no artigo 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado.

Porém, ante a reforma do texto constitucional que possibilitou aprovação dos tratados internacionais com *status* formal de norma constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da CF, analisa Silva (2006, p. 182) que as convenções internacionais, quando aprovadas por maioria simples, adquirem hierarquia formal infraconstitucional, porém são consideradas materialmente constitucionais. Além disso, quando aprovadas com o *quorum* de emenda à constituição (maioria qualificada de três quintos), adquirem *status* de norma material e formalmente constitucional.

Recentemente, a Corte Suprema sinalizou pela modificação do antigo entendimento, no sentido de conceder caráter normativo supralegal aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, muito embora não tenham sido aprovados com *quorum* qualificado. Na oportunidade, o Min. Gilmar Mendes aduziu que "os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação"²².

Esse entendimento encontra-se em conformidade com o princípio da prevalência dos direitos humanos, que rege as relações internacionais do país²³. Todavia, Mello (2000, p. 135) alerta que não se trata de permitir ingerência da ordem internacional, em detrimento da competência constitucional do país, cuidando-se, em verdade, de velar pela defesa dos direitos humanos. Seu fundamento reside na

²¹ STF, **HC** 72131/RJ, Pleno, Rel. p/ o Ac. Min. Moreira Alves, julg. 23.11.95, DJU 01.08.2003, p. 103.

²² STF, **RE** 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 22.11.2006, informativo nº 449 do STF.

²³ Art. 4º, inc. II, da Constituição Federal.



obrigação *erga omnes* de proteção do ser humano, que constitui valor superior embasado na consciência jurídica universal, a par da aplicação de tratados (TRINDADE, 2002, p. 1106).

Ainda no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, o §3º do art. 5º da Constituição Federal prevê que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

O dispositivo estabelece processo legislativo idêntico ao das emendas constitucionais para que tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos adquiram *status* formalmente constitucional. Com isso, concedeu ao Congresso Nacional discricionariedade para, tratando dessa matéria, incorporá-los ao direito interno com *status* de lei ordinária federal ou norma constitucional, caso seja aprovado respectivamente com *quorum* de maioria simples ou qualificada (três quintos) (MORAES, 2005, p. 107).

De qualquer maneira, independentemente do *quorum* de aprovação, os tratados internacionais sobre direitos humanos são considerados materialmente constitucionais, ainda que não tenham assento formal na Constituição. Portanto, coexistem em nosso ordenamento jurídico convenções sobre direitos humanos materialmente constitucionais (art. 5º, § 2º, da CF) e as material e formalmente constitucionais (art. 5º, § 3º, da CF). Diante disso, deve o intérprete guiar-se pela lógica material do direito, no sentido de aproximar-se ao máximo do valor da dignidade da pessoa humana, conforme assevera Tavares (2003, p. 394).

Com relação aos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento pátrio antes da EC 45/04, Rezek (2007, p. 98) afirma que devem alçar nível de norma constitucional automaticamente, uma vez que inexistia a exigência de *quorum* qualificado ao tempo de sua aprovação. Por outro lado, Novelino (2008, p. 258) argumenta que o art. 5º, § 3º, da CF não atribuiu *status* de norma constitucional a todos os tratados internacionais, mas tão-somente àqueles referendados com *quorum* necessário à aprovação das emendas, sugerindo nova votação dos antigos tratados internacionais.

Outras questões são levantadas, em sede doutrinária, acerca do dispositivo constitucional em comento, por exemplo, no caso de tratado internacional de direitos humanos aprovado por maioria qualificada (dois terços) dispor diversamente do Texto Maior, indagando-se qual norma deverá prevalecer. Novelino (2008, p. 257), enfrentando a discussão, afirma que, quando a norma prever ampliação do direito, não haverá revogação do texto constitucional, pois conferirá maior proteção ao mesmo, consoante direciona o princípio da dignidade humana; ao contrário, quando tendente a restringir o direito, não poderá ser sequer objeto de deliberação²⁴.

E no caso de ser a norma internacional ampliativa do direito fundamental, questiona-se sua qualidade como cláusula pétrea. Novelino (2008, p. 259) destaca ser

²⁴ Art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição Federal.



impossível emanar do Poder Reformador norma inafastável por ele próprio; Capez *et al* (2005, p. 18), por sua vez, raciocina que a alteração de cláusulas pétreas somente pode ocorrer por meio de amplo debate nacional sobre o sistema constitucional do país, de modo que se trataria de verdadeiro exercício de Poder Constituinte Originário, e não Derivado, de modo que estar-se-ia legitimando a ação legislativa no sentido de editar cláusula pétrea.

4 CONCLUSÕES

Diante da necessidade da incorporação dos acordos internacionais ao direito pátrio, como condição de sua exequoriedade no plano interno, a doutrina pátria adota a teoria dualista, uma vez que concebe ordens jurídicas independentes. De outro lado, diante da primazia da lei interna sobre a norma internacional, a doutrina nacional adota a teoria monista nacionalista, uma vez que concebe o direito de modo unificado, porém com prevalência da norma pátria.

Por essa via, constata-se que as doutrinas monista e dualista enfrentam o problema da exequoriedade das normas internacionais no plano interno adotando diferentes critérios, configurando uma celeuma puramente doutrinária. Logo, a missão de delimitar a força normativa dos tratados internacionais nos limites do território estatal cumpre à Lei Fundamental do Estado soberano, sobretudo em função do princípio da autodeterminação dos povos.

Embora a Constituição Federal não estabeleça disposições gerais acerca dos tratados internacionais, uma interpretação sistemática conduz à conclusão do primado da Lei Fundamental sobre as normas internacionais. Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica, conferindo às convenções externas *status* de norma infraconstitucional, com os efeitos inerentes a essa hierarquia, tais como o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, a solução de antinomias mediante aplicação dos critérios cronológicos e da especialidade, etc.

Entretanto, o legislador pátrio estabeleceu casos peculiares em nosso ordenamento jurídico, especialmente com relação aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, em virtude de sua natureza de norma materialmente constitucional. Assim, devem-se utilizar fórmulas hermenêuticas no conflito de normas de modo a conferir máxima eficácia aos direitos humanos, independentemente se veiculados por normas internacionais ou internas, em observância ao princípio da prevalência dos direitos humanos, seguindo uma lógica material.

Em suma, da análise da legislação interna, de acordo com seu conteúdo e sua forma de aprovação, os tratados internacionais poderão alçar diferentes níveis hierárquicos no direito brasileiro: (a) quando versem sobre direito humanos, aprovados em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, alcançarão *status* formal constitucional; (b) quando versem sobre direito humanos, aprovados por maioria simples, embora materialmente constitucionais, alcançarão *status* formal supralegal, situando-se em nível intermediário entre a Constituição e a legislação ordinária, assim como os tratados-leis em matéria tributária; e (c) nos demais casos equiparam-se à lei ordinária federal, inclusive para efeito de solução de antinomias.



REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luis Ivani de A. **Curso de Direito Internacional Público**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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

CAPEZ, Fernando *et al.* **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**: teoria do estado e da constituição, direito constitucional positivo. 13 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito internacional**: tratados e direito humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito constitucional internacional**: uma introdução. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.

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



PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1996.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito internacional público**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SOARES, Guido Fernando S. **Curso de direito internacional público**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

TAVARES, André R. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TRINDADE, Antônio A. Cançado. **O direito internacional em um mundo em transformação**. São Paulo: Renovar, 2002.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A evolução da interpretação dos direitos fundamentais no supremo tribunal federal. *In*: SAMPAIO, José Adécio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NORMATIVE FORCE OF INTERNATIONAL TREATIES IN BRAZILIAN CONSTITUTIONAL ORDER

ABSTRACT

Examines the normative aspects of international treaties incorporated into the Brazilian law, front to the controversy in doctrine and jurisprudence, established because of insufficient constitutional rules. Aims to define the hierarchy of international agreements in domestic law, based on the Constitution and on the jurisprudence of the Supreme Court. Defines international treaties as the formal agreement concluded between legal persons of public international law intended to produce legal effects. Exposes the doctrinal controversy about the reception of international treaties in Brazilian law, refer-



ring to theories that seek to explain the phenomenon, the dualism and monism. Delimits the legal competence to ratify international treaties in Brazilian law (treaty-making-power) and qualifies it as complex subjective act. Talks about the procedure of incorporation of international laws, referring to steps: negotiating, signing, *referendum*, ratification and enactment. Examines the provisions of the Constitution law about treaties, based on the jurisprudence of the Supreme Court, designing classically with infraconstitucional *status*, treated as ordinary federal legislation, with their effects for the solution of conflict of laws, control of constitutionality, and so on. Presents peculiar cases in the vernacular law, defining the hierarchical position, supralegal, of the international treaties on tax law and human rights and, constitutional, of the international agreements about human rights adopted with qualified majority. Presents the final considerations, defining the three hierarchical levels assumed by international treaties in the internal order, with a view to ensuring the dignity of the human person.

Keywords: International treaties. Hierarchy. Normative force. Brazilian constitutional order.

Artigo finalizado em outubro de 2008.

