Incorporação dos Tratados Internacionais no Ordenamento Jurídico

Maria Carolina Rollo Pontes
Lígia Maria Comis Dutra[1]

Universidade Santa Cecília - Professora Orientadora

Resumo

A incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno é o objeto deste artigo. Ao longo dele será possível entender como ocorre este processo e os conflitos jurídicos decorrentes deste. No primeiro momento serão detalhados as fases de adesão do tratado internacional no plano internacional e nacional, após pontuados os atritos causados e as posições doutrinárias e jurisprudenciais, e por fim, qual é a estrutura, linha de pensamento e posição jurisprudencial adotada pelo Brasil.

Palavras-Chave: Tratados internacionais; Conflito; ordenamento jurídico.

Abstract

Incorporation of international treaties inside of Brazilian system law it will be an objective of this article. Along the side of text development, there is possible to understand how is the process to included an foreign law inside of national system law and conflicts them cause, when gets in local system law. At the first moment will be described steps of incorporation an international treaty in national law system, after will point conflicts, doctrine and jurisprudence positions. At the end, will be shown the structure, thought line and Brazilian jurisprudence point of view.

Key Words: International Treaty, Conflicts, system law.

1. Introdução

Quando o Brasil, por meio do chefe de Estado, adere á um tratado internacional de direitos humanos, poderá, segundo o artigo 5º, § 3º, da Constitucional Federal, ser aprovado

nas duas casas legislativas em dois turnos e por três quintos dos votos, para que este tratado tenha status de emenda constitucional. Conforme, apresentado a seguir:

> **"§ 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".

Entretanto, nem sempre foi assim. Antes os tratados ingressavam no ordenamento jurídico interno como status de lei ordinária, independentemente da matéria, ou seja, podendo ser ou não de direitos humanos. Após a emenda constitucional n. 45 de 2004, que inseriu no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o parágrafo 3º e que foi conferido aos tratados de direitos humanos a possibilidade de terem *status* de emenda constitucional.

A problemática desta mudança legislativa está na posição hierárquica dos tratados de direitos humanos incorporados antes da emenda constitucional. Visando remediar este conflito de hierarquia de lei o Supremo Tribunal Federal conferiu o efeito supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos por meio da súmula vinculante n. 25.

Esta manobra do Supremo foi necessária para garantir a supremacia da Constituição Brasileira, uma vez que não é possível ter nenhuma norma jurídica acima da Carta Magna, nem mesmo um tratado internacional.

Portanto, a problemática do tema está justamente no *status* que uma norma internacional adquire ao ser integrada no ordenamento jurídico nacional. A regra geral é que seja incorporada com *status* de lei ordinária, entretanto, de maneira excepcional os tratados de direitos humanos podem adquirir *status* de emenda constitucional conforme o artigo 5º, § 3 da Constituição Federal.

Conforme a hierarquia das leis adotadas pelo direito brasileiro, uma norma internacional integrada ao ordenamento jurídico nacional ingressa com *status* de lei ordinária, e dessa forma tem o efeito de revogar outra lei ordinária, lei delegada, uma medida provisória, decreto legislativo, resoluções, portarias e instruções normativas, entretanto, está abaixo hierarquicamente das leis complementares, emendas constitucionais e da própria Constituição Federal.

Os tratados que ingressam no ordenamento jurídico com *status* de emenda constitucional estão acima de todos os demais tipos de leis, mas abaixo da Constituição Federal.

Para melhor compreender os desdobramentos que ocorrem desde a adesão a um tratado internacional até sua inserção e aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, será importante abordar alguns aspectos do Direito Internacional Público.

Também será de suma importância verificar quem são os legitimados e as divergências doutrinárias e jurisprudenciais que envolvem este processo, as teorias existentes sobre o ramo do Direito Internacional e qual aquela seguida pela legislação brasileira, além de apontar quais suas fontes.

"O Direito Internacional Público trata das relações entre os sujeitos de Direito Internacional (Estados), aplicando regras, princípios e costumes internacionais."[1]

Quanto aos tratados internacionais, apresentaremos o conceito, a nomenclatura e sua classificação e quanto ao processo de formalização e seus reflexos observar-se-á seus requisitos de validade, bem como seus efeitos, adesão, negociação, assinatura, ratificação, promulgação, registro, publicação, aplicabilidade, reservas, extinção, denúncia e a interpretação dos tratados.

2. Tratados Internacionais

Tratado é qualquer acordo concluído entre dois ou mais sujeitos de direito internacional, destinados a produzir efeitos de direito e regulado pelo direito internacional, esta é a definição adotada pela maioria dos doutrinadores.

Um tratado internacional pressupõe o concurso de vontades entre as parte, sendo que seus signatários são os sujeitos de direito internacional, ou seja, os representantes dos Estados envolvidos. Estes tratados geram efeitos jurídicos entre as partes de caráter obrigatório. O compromisso jurídico selado entre os sujeitos é regulado pelo direito internacional, mas o direito interno deve estar em sintonia com o ordenamento internacional para que este tratado tenha efeito prático entre os signatários.

Os tratados internacionais dão maior segurança jurídica para os Estados, com relação à existência e interpretação da norma jurídica internacional e podem, em alguns casos, assumirem importância superior à de algumas legislações internas de determinados países.

[1] BREGALDA, Gustavo. **Direito Internacional Público & Direito Internacional Privado.** São Paulo: Atlas, 2007.

Quanto às fontes que informam o direito internacional público verifica-se que as mesmas não obedecem uma hierarquia, e também não constituem um rol taxativo. O artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ) faz menção as fontes do Direito Internacional Público (DIP), conforme apresentado a seguir:

> **"Artigo 38**
> A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:
> **a.** as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
> **b.** o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
> **c.** os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
> **d.** sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciárias e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.
> A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem".

Encontramos três fontes principais de estudo do Direito Internacional Público e duas secundárias, sendo as principais regidas principalmente pelos tratados, costumes e princípios e as secundárias regidas pela doutrina e jurisprudência.

As normas internacionais geram três principais obrigações jurídicas, que são: obrigação *erga ommes* – é a obrigação a todos imposta, independente de aceitação, ou seja, atinge a todos os sujeitos internacionais;

normas de *jus cogens* – são aquelas que sobrepõem à autonomia da vontade dos Estados e não podem ser derrogadas por tratados, costumes ou princípios;

soft law – traduzindo para português como direito maleável, flexível, compreende todas aquelas regras cujo valor legal é menos coercitivo do que as normas jurídicas tradicionais, não possuem um poder de sanção que obriguem o cumprimento da lei vigente. (MAZZUOLI, 2014, p. 125 e 126)

Segundo o artigo 7º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, os chefes de Estado ou governo são aqueles que detêm plenos poderes, podendo ser representados diretamente por seus ministros das relações internacionais.

Quanto às possibilidades de adesão a um tratado internacional, estas se subdividem em duas: aberta ou fechada.

A possibilidade de adesão aberta refere-se à espécie de tratado que dá oportunidade aos Estados que não participaram das negociações preliminares em aderi-lo.

No sistema de adesão fechada proíbe-se posterior adesão de Estados que não são membros originários, ou seja, não participaram desde início das negociações. A única alternativa, de um ingresso tardio de um Estado a este tipo de tratado é através de um novo acordo que seja concluído entre os membros originários e o aspirante, sendo ele aceito como novo membro.

Quanto à execução no espaço territorial pode ser total ou parcial, na primeira o tratado abrange todo território do Estado, já a parcial refere-se somente á parte do território do Estado em que o tratado vai ser aplicado.

O artigo 29º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados explicita a regra geral da aplicação do acordo em todo território do país, mas, faz uma ressalva na qual inclui a aplicação parcial deste acordo.

É muito raro encontrar este tipo de aplicação uma vez que os Estados, em sua maioria, estão sempre unificados, sua justificativa ocorre em razão das cessões territoriais no mesmo Estado, nos períodos de guerras civis, em que o Estado fica divido.

Quanto à execução no tempo, os tratados internacionais podem ser classificados em duas categorias: transitório ou permanente, sendo o primeiro, aqueles acordos que não se prolongam no tempo, se exaurem de forma instantânea e imediata, são concluídos em um único ato e não admitem clausulas de execução posterior e sucessiva.

A execução permanente ao contrário da transitória perdura no tempo não se consumando em um momento específico.

Quanto à possibilidade de descumprimento, os tratados internacionais classificam-se em mutáveis e imutáveis, sendo válida apenas para tratados multilaterais, ou seja, em que vários países são parte deste tratado.

Os mutáveis são aqueles em que o descumprimento por parte de alguns membros não prejudica a execução do tratado, sendo ele plenamente eficaz, mesmo com a não execução de alguns contratantes, enquanto os imutáveis não admitem a divisão em sua execução, pois esta afetaria a eficácia do tratado e, atingirá diretamente aos demais membros.

2.1. Tratados Internacionais de Direitos Humanos

Os tratados internacionais de direitos humanos são revestidos de extrema relevância e importância no cenário internacional por serem direitos inerentes à condição humana, ou seja, baseiam-se na dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, apresentamos o entendimento do ilustre professor Ingo Wolfgang Sarlet:

> "Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos". (SARLET, 2007, p. 83)

A proteção da dignidade humana tem como fundamento evitar o abuso de poder por parte do Estado, com o intuito de coibir tratamentos desumanos, degradantes, garantindo o mínimo respeito ao ser humano.

A defesa destes direitos ocorre tanto no âmbito nacional quanto no internacional, mas com nomenclaturas diferentes. Nas constituições dos países eles são como direitos fundamentais, já na esfera internacional são chamados de direitos humanos.

No final do século XVIII, com a Declaração de Independência Americana e a Revolução Francesa é que os direitos humanos se consagraram, através do contratualismo liberal, sendo defendidos os direitos à liberdade, à segurança e à propriedade.

Em 1948, é assinada a Declaração Universal de Direitos Humanos, um fato importante na história dos direitos humanos, pois pela primeira vez é editado um documento internacional assinado pelos Estados, por meio da Assembléia Geral das Nações Unidas – órgão integrante da Organização das Nações Unidas - no qual elenca direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

Por ser uma Declaração, ela não tem força de lei, entretanto, tem como intuito promover o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

No ordenamento jurídico brasileiro os direitos humanos têm grande destaque em nossa atual Constituição Federal (1988), ao introduzir normas que consagraram os direitos humanos individuais, difusos e coletivos, bem como os direitos fundamentais além de prever os chamados "remédios constitucionais" para a garantia, de forma eficaz, desses direitos.

Os tratados de direitos humanos têm um tratamento diferenciado que os demais, no ordenamento jurídico nacional e também é um ponto de muitas divergências doutrinárias, jurisprudências e legais, em razão de poderem ter *status* de emenda constituição, dependendo da forma como foi integrado no ordenamento jurídico nacional.

2.3. Requisitos de Validade

Os requisitos de validade dos tratados internacionais são quatro:

a) Capacidade das partes, disposto no artigo 6º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 exprime que todo Estado tem capacidade de concluir tratados.

b) Habilitação dos agentes signatários, pois durante o trâmite e conclusão de tratados internacionais, deverão ter plenos poderes para realizar tais atos, sob pena de não produzirem efeitos jurídicos, conforme artigo 8º Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. O artigo 7º da Convenção supracitada descreve quem pode e como são instituídos os plenos poderes.

c) Consentimento Mútuo, que é a concordância entre as partes acerca dos termos acordados ao longo das negociações e exprimida à vontade delas através da assinatura do tratado.

A ratificação é um ato unilateral em que o sujeito de direito internacional explícita sua vontade de maneira definitiva em aceitar as obrigações impostas pelo tratado internacional por ele assinado e esta vontade deve ser isenta de qualquer espécie de vício de consentimento.

Objeto lícito, possível, moral e deve estar de acordo com as normas imperativas do Direito Internacional.

2.4.Fases de Celebração para a Conclusão de um Tratado Internacional

2.4.1.Negociação

A negociação é a fase de elaboração do texto convencional do tratado internacional, competindo ao Poder Executivo, representado pelo chefe de Estado ou governo participar das negociações, ou do ministro de Relações Exteriores, quando for designado para tal ato.

As negociações se dão com a reunião dos representantes dos Estados em local e data preestabelecida, objetivando estudar conjuntamente possibilidades de entendimento relativo à conclusão de determinado tratado internacional.

Há diferentes tipos de negociações por existirem diferentes espécies de tratados internacionais.

Os negociadores de acordos internacionais, em sua maioria, são acompanhados de especialistas, "*experts*", em determinado assunto que será objeto da matéria do acordo, para dar maior segurança nas tomadas de decisão frente aos outros Estados, podendo dessa forma defender com mais propriedade os interesses do país que representam.

No Brasil toda a negociação é considerada um ato internacional, devendo ser acompanhada por um funcionário diplomático e o texto final do acordo deve ser aprovado sob o aspecto jurídico pela Consultoria Jurídica do Itamaraty (CJ) e sob o aspecto processual, pela Divisão de Atos Internacionais (DAI).

2.4.2.Assinatura

Após a adoção do texto convencional, o ato jurídico seguinte é assinatura do tratado, em que põe fim à fase inicial do processo de formação de um tratado.

A natureza jurídica da assinatura de um tratado internacional é dúplice: aceite precário e formal, os dois não acarretam em efeitos jurídicos vinculantes, no entanto, há uma exceção no artigo 12º da Convenção de Viena de 1969 que prevê que a assinatura de um tratado tem vinculação definitiva, obrigando o Estado a cumprir o que foi acordado desde assinatura deste.

O aceite precário é um aceite provisório, pois o tratado poderá não ser ratificado e nunca entrar em vigor. O aceite formal atesta que somente o texto produzido não apresenta vícios de forma e, portanto, podendo dar continuidade ao processo de formação do tratado.

Caso seja necessária alguma modificação no texto do tratado já aprovado poderá ocasionar sua anulação e consequentemente um retrocesso no procedimento de conclusão.

Isso significa que assinatura vincula os Estados signatários ás obrigações enquanto o tratado não é ratificado, portanto, os Estados não podem durante este período praticar nenhum ato que possa frustrar o objeto ou a finalidade do tratado.

Na maioria das vezes o valor da assinatura é *ad referendum*, pois necessitam de um aval posterior do Estado, no qual é expressa pela ratificação.

2.4.3.Procedimento Interno

A recepção do acordo internacional pela legislação nacional é onde inicia os conflitos entre as esferas jurídicas em razão da necessidade de aprovação do tratado tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Executivo.

O primeiro analisa o documento com o objetivo de verificar se o texto adotado não conflitará com a legislação nacional vigente, pois uma vez aprovado pelo poder legislativo, representado pelo Congresso Nacional, será promulgado por decreto legislativo e publicado no diário oficial, conforme artigo 49, inciso I, da Constituição Federal.

Já o Poder Executivo, representado pelo Presidente da República ou chefe de governo, em um único ato ratifica e promulga, por meio de decreto executivo.

Em razão de algumas Constituições serem a lei maior em alguns países, é possível encontrar inúmeras dificuldades de adequação da legislação internacional com a nacional, como é o caso do Brasil, em que um tratado internacional pode ser conflitante com a legislação vigente e, portanto, não ser recepcionada pela Constituição atual.

A maioria da doutrina defende a prevalência do Direito Internacional sobre o Direito Interno causando divergência sobre a posição hierárquica das leis nacionais e dos tratados internacionais.

2.4.4.Ratificação

A ratificação do tratado representa o segundo momento, depois da assinatura, em que o Poder Executivo se manifesta vinculando o Estado ao tratado e todas as cláusulas e obrigações, de forma definitiva. Segundo, José Sette Câmara, ratificação se define como:

> Ratificação é o ato pelo qual a autoridade nacional competente informa às autoridades correspondes dos Estados cujos plenipotenciários concluíram, com os seus, um projeto de tratado, a aprovação que dá a este projeto e que o faz doravante um tratado obrigatório para o Estado que esta autoridade encarna nas relações internacionais. (CÂMARA apud MAZUOLLI, 2004, p.91)

Há três correntes doutrinárias a respeito do ato de ratificação: 1º) a ratificação é o ato que dá validade ao tratado; 2º) a vontade dos negociadores é que valida a conclusão do tratado, e a ratificação apenas é um ato que faz parte do processo, mas não tem efetividade; 3º) a última posição afirma que a vontade do órgão competente para executar a ratificação concorre com os plenipotenciários que firmaram o tratado, criando-se um ato complexo.

2.4.5.Promulgação

É o ato jurídico que pelo qual o Estado valida ou atesta a existência de um tratado celebrado por ele quando preenchidas todas as exigências formais para a sua conclusão. Os efeitos da promulgação são dois: tornar o tratado executório no plano interno e constatar que o tratado internacional está tramitando no ordenamento jurídico interno do Estado. Encontramos divergência no entendimento do ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal (STF):

> "A edição desse ato presidencial acarreta três efeitos: **a)** promulgação do tratado; **b)** publicação oficial de seu texto; **c)** executoriedade do ato internacional que passa então a "vincular e obrigar no plano no plano do direito positivo interno", tal como uma lei ordinária (STF, ADI nº 1.480-3/DF, DJ 18/05/2001)".(MELLO apud MAZZUOLI, 2014, p.91)

Em alguns países como França e Estados Unidos a promulgação é tácita, ou seja, assim que foi praticado o ato, ele já é válido no ordenamento jurídico do Estado. No entanto, em outros países, como o Brasil o processo é diferente.[2]

2.4.6.Publicação

É um ato público interno que tem como objetivo levar ao conhecimento da população a existência do tratado internacional no âmbito interno.

2.4.7.Registro

O registro é um pressuposto criado pela Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), com a finalidade do Estado que celebrou o tratado internacional poder invocar para si os benefícios do tratado, tal procedimento está previsto no artigo 102 da Carta da ONU e também no artigo 80 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

2.4.8.Reservas

[2] MELLO, Celso D. de Alburquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15 ed. v.1, Rio de Janeiro:Renovar, 2004.

A reserva consiste na declaração unilateral do Estado contratante que no momento desse consentimento o país declara a exclusão ou modificação de uma ou mais cláusulas do tratado. O intuito deste instituto é dar flexibilidade aos Estados signatários de um tratado em acordar com o texto do documento, sem que este inflija algum interesse ou preceito nacional, no qual inviabilize a conclusão do tratado internacional, como dispõe o artigo 2º, parágrafo 1º, alínea d, da Convenção de Viena de 1969.

2.4.9.Violação

O significado da palavra violar é desrespeitar, infringir, transgredir, ou seja, não fazer o que é lícito, correto, certo, do que foi acordado. A violação de um tratado internacional é um ato repudiável, pois o Estado que cometer tal ato estará descumprindo o que foi acordado anteriormente, o que se prôpos a cumprir.

Para que haja a violação de um tratado internacional é necessário que o ato seja bastante gravoso para que a outra parte tenha o direito de suspender ou extinguir o Acordo.O artigo 60, parágrafo 3º da Convenção de Viena de 1969, conceitua o que é uma violação substancial.

2.4.10.Extinção

A extinção de um tratado internacional é a cessação da vigência deste, ou seja, quando este deixa de existir devido a vontade comum entre as partes ou, por causas extrínsecas à vontade das partes ou então pela vontade unilateral de uma das partes podendo ser total ou parcial. Caso seja total denomina-se ab-rogação, se for parcial chama-se derrogação.

3.Integração do Tratado Internacional no Ordenamento Jurídico Interno

De que maneira um tratado internacional tem eficácia e aplicabilidade no ordenamento jurídico interno dos Estados signatário deste? Esta pergunta apresenta dois aspectos: teórico, pois consiste no estudo do Direito Internacional frente ao Direito interno; e o prático que consiste na questão de solução de conflitos entre os dois ordenamentos. No campo doutrinário dentre inúmeras teorias apenas duas se destacaram: a monista e a dualista.

Na doutrina monista, se um Estado assina e ratifica um tratado internacional, significa que ele está se comprometendo juridicamente a assumir um compromisso que envolve direitos e obrigações, que podem ser exigidos no ordenamento jurídico interno sem o necessário processo de integração entre a norma jurídica interna e internacional.[3]

A teoria dualista entende que o direito internacional e interno são dois sistemas independentes e distintos. As fontes e normas de direito internacional não tem nenhuma influência sob o direito interno e vice versa.

No ordenamento jurídico brasileiro não há um posicionamento homogêneo sobre qual das duas teorias acima citadas são adotadas, pois notamos um sincretismo entre elas, isso ocorre em razão da Constituição de 1988 não definir uma regra objetiva e explícita acerca da matéria de recepção e integração dos tratados internacionais na ordem jurídica interna. Surge um conflito ao definir qual a posição hierárquica que a norma internacional assumirá na pirâmide da hierarquia das leis segundo Kelsen[4], ao ingressar o ordenamento jurídico interno, sendo necessário recorrer-se à hermenêutica jurídica para solucionar esse conflito.

3.1 Antes da Emenda Constitucional N° 45/ 2004

Na fase interna do processo de integração dos tratados internacionais, o poder legislativo possui a função de analisar o texto da lei internacional e verificar se está de acordo com a legislação nacional, não podendo modificá-lo, somente fazer reservas, manifesta a sua aprovação ao poder executivo por meio de decreto legislativo, pois tem a prerrogativa de controlar e fiscalizar os atos do Executivo, com base no artigo 49, inciso I, da Constituição Federal. No entanto, se o texto não é aprovado, o Presidente da República está impedido de ratificar o tratado.

Após o *referendum* favorável do Congresso Nacional, cabe ao Presidente em ato discricionário ratificar o tratado assinado, no plano internacional, por meio da promulgação do decreto executivo e publicação deste no Diário Oficial da União.

[3] DALLARI, Pedro B.A. **Constituição e tratados internacionais.** São Paulo: Saraiva, 2003.

[4] A teoria pura do direito, formulada por Hans Kelsen, é a ideia de ordenamento jurídico como sendo um conjunto hierarquizado de normas jurídicas estruturadas na forma de uma pirâmide abstrata, cuja norma mais importante, que subordina as demais normas jurídicas de hierarquia inferior, é a denominada norma hipotética fundamental, da qual as demais retiram seu fundamento de validade.

Dessa maneira, encerram–se as fases, que são: negociação e assinatura; referendo do Congresso Nacional; ratificação; promulgação e publicação, do processo de formação e entrada dos tratados em vigor, no plano internacional.

Através da publicação do decreto executivo no Diário Oficial da União é que o tratado internacional ingressa no ordenamento jurídico interno brasileiro com o mesmo *status* de uma lei ordinária.

O conflito das normas internacional com as nacionais durante a recepção dos tratados internacionais reside justamente na problemática da equiparação das leis, teoria da paridade baseado no princípio *lex posterior derrogat priori (*"lei posterior derroga a anterior"), um tratado internacional recém recepcionado pode revogar um lei ordinária nacional já existente, assim como, um lei ordinária recém incorporada ao ordenamento jurídico nacional tem a mesma força para revogar uma lei ordinária que advém de uma norma internacional, ambas tratando-se da mesma matéria.

Causando assim, consequências gravosas ao país no âmbito internacional, uma vez que o Estado assinou e ratificou um compromisso internacional, obrigando-se a cumprir os termos estabelecidos no acordo internacional. Com a revogação do tratado incorporado ao ordenamento nacional por lei ordinária, tal norma internacional deixa de existir internamente, resultando em um descumprimento do acordo celebrado internacionalmente.

Outra consequência é com relação à insegurança jurídica transmitida perante aos demais Estados signatários do acordo e a sociedade internacional. Conforme, os artigos 26 e 27 da Convenção de Viena de 1969, em que ressaltam a obrigação dos Estados em respeitar os tratados internacionais firmados.

Tal problemática se dá porque a Constituição Federal de 1988 não apresenta um dispositivo expresso em que determine qual a posição hierárquica que a lei internacional terá ao ingressar no ordenamento jurídico interno.

Devido à falta de normas específica sobre a recepção dos tratados internacionais que vise solucionar esta questão de hierarquia da lei, a doutrina e a jurisprudência pautadas nas teorias monista e dualista vão buscar resolver este conflito entre as leis.

O poder Judiciário somente atua neste processo de recepção do tratado internacional, apenas, quando este está mesmo incorporado no ordenamento jurídico. O Supremo Tribunal Federal "como guardião da Constituição Federal, tem competência para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única e ou última instância, quando da decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal", com base no artigo 102,

inciso III, alínea "b", da Constituição Federal. Já o Superior Tribunal de Justiça tem a função de "julgar, em recuso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, a decisão recorrida: contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência", de acordo com o artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal.

O entendimento preponderante da jurisprudência vem sendo fortemente questionado pela doutrina. O cerne da problemática está nas diretrizes que o direito brasileiro adotou para seguir que são: a) os acordos internacionais são incorporados ao ordenamento interno em nível igual à legislação ordinária, dessa maneira inexistindo uma relação hierárquica entre duas normas, e, portanto, sujeitando-se ao princípio *lex posterior derrogat priori.* A derrogação do tratado pela a lei não extingue a responsabilidade internacional do Estado, somente cessará esta responsabilidade estatal no âmbito internacional se houver a denúncia do tratado. b) O acordo celebrado na vigência de uma Constituição, em que este seja incompatível a ela, do ponto de vista formal (extrínseco) ou material (intrínseco), o acordo é considerado inválido e estará sujeito ao controle inconstitucionalidade, podendo a qualquer órgão judicial competente suscitar a declaração de inconstitucionalidade.[5] A decisão sobre a declaração de inconstitucionalidade é passível de recurso extraordinário, tal qual irá ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal-STF.

As competências estabelecidas nos artigos 102, inciso III, alínea "b" e 105, inciso III, alínea "a", ambos da Constituição Federal não define qual norma, nacional ou internacional deverá prevalecer em caso de conflito. Esta divergência deve ser solucionada pelo STF, para entender o raciocínio jurisprudencial adotado atualmente, que vem causando inúmeras discussões doutrinárias sobre o tema.

Remetemos ao posicionamento do órgão antes do enigmático caso do RE 80.004 de 1977, visando solucionar esta lacuna na lei acerca da recepção dos tratados internacionais, o STF formou um posicionamento jurisprudencial pacífico em nos casos de conflito entre a norma internacional e nacional, o qual deveria ser privilegiado o tratado internacional, mesmo que a lei nacional seja anterior ou posterior ao tratado.

No entanto, após o julgamento Recurso Extraordinário nº 80.004 de 1° de junho de 1977, pelo STF, acerca do conflito entre Lei Uniforme de Genebra sobre as Letras de Câmbio e Notas Promissórias e o Decreto-Lei n° 427/69, lavrado pelo Presidente da República, este

[5] Posicionamento de Luís Roberto Barroso em sua obra "Interpretação a aplicação da Constituição, p. 31 e 32.

posicionamento jurisprudencial descrito no parágrafo anterior foi modificado, causando inúmeras críticas por parte da doutrina. Por meio deste julgado abriu-se precedente para não considerar mais a primazia do direito internacional sobre o direito interno, ou seja, do tratado sobre a lei nacional. Prevalecendo dessa maneira, a teoria da paridade em que os tratados internacionais são equiparados a lei ordinária, e como tal está baixo da Constituição Federal.

3.2.Depois da Emenda Constitucional N° 45/ 2004

Publicada em 31 de dezembro de 2004, a emenda constitucional nº 45 tem o objetivo de pacificar a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do tema da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos ao serem incorporados pelo ordenamento jurídico interno.

O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal atribuiu a estes tratados um *status* de norma constitucional, entretanto o doutrina e jurisprudência, especialmente o STF, continuava a atribuir aos tratados de direitos humanos *status* de lei ordinária. Sendo desta forma, os tratados de direitos humanos passíveis de derrogação por lei posterior.

A doutrina nacional é originariamente internacionalista e constitucionalista humanista e tem o objetivo de alcançar uma proteção maior para os direitos humanos no Brasil, através da constitucionalização dos direitos e garantias fundamentais previstos nos documentos internacionais em que o Brasil é parte.

No entanto, os tribunais brasileiros vinham interpretando o texto constitucional de forma errônea não considerando a importância dos direitos humanos e o que explicitava os parágrafos 1º e 2º, do artigo 5º, da Constituição. Esta interpretação equivocada é uma afronta às bases democráticas sedimentada na Constituição Federal de 1988, que foi intitulada de "Constituição Cidadã", protetora e asseguradora dos direitos humanos.

Visando solucionar este conflito de posicionamento tanto doutrinário quanto jurisprudencial acerca do tema, o Poder Constituinte Reformador propôs na emenda nº45, acrescentar um parágrafo a mais no artigo 5º da Constituição Federal, todavia, está mudança teve efeitos contrários aquele esperado pelo Poder Constituinte Reformador, pois ocorreu omissão em alguns pontos, tornou-se contraditório em outros, além de criar uma nova forma de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na legislação interna.

A primeira grande contradição foi com relação ao critério que deveria ser adotado para selecionar os tratados de direitos humanos que submeteriam ao quorum de emenda

explicitado pelo §3º, do artigo 5º. Não houve clareza qual seria o critério adotado e a quem caberia estabelecer esta regra, se deveria ser o Congresso Nacional de forma discricionária ou única e exclusiva?

Outro ponto nebuloso refere-se aos tratados de direitos humanos ratificados e incorporados antes da edição da EC nº45, pois apesar dessa mudança legislativa trazer o *status* de emenda constitucional aos tratados de direitos humanos aprovados dentro quorum estabelecido pelo supracitado parágrafo 2º, do art.5º, já garantia o *status* constitucional material a estes tratados.

> Ao enxergarmos a Constituição como objeto do constitucionalismo, e ao reconhecermos o seu caráter ético juntamente com o político e o jurídico, somos levados a interpretar o § 2° do artigo 5° como estabelecendo o *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil. Por se tratar de norma proveniente do poder constituinte originário, deve servir como parâmetro para o controle de constitucionalidade das emendas à constituição que porventura sejam aprovadas. (KHAMIS, 2013, p.238)

Uma terceira incongruência trazida pela emenda nº 45 diz respeito à manipulação indevida da estrutura constitucional acerca da incorporação dos tratados internacionais pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme a Carta Magna, esta manipulação distorcida reflete na quebra de harmonia do sistema de integração brasileiro, por diferenciar em categorias os tratados internacionais de mesmo teor material, acabando por atribuir a eles *status* jurídicos diferentes.

Entende-se que esta emenda não tem o objetivo de substituir o procedimento padrão de incorporação dos tratados, em que após o decreto legislativo o Presidente da República está autorizado em ratificar ou não o tratado, se positiva a decisão do Executivo, ele emitirá o decreto executivo.

Outro ponto de contrariedade verificado é a possibilidade destes tratados que forem aprovados por quorum de emenda, conforme expresso no § 3º do art. 5º, da CF, serem denunciados, uma vez que adquirem status de emenda constitucionais e por tratarem de direitos e garantias constitucionais estariam impossibilitados de serem reformados pelo constituinte derivado, sendo assim, considerados pela Constituição cláusulas pétreas[6].

[6] Dispositivo constitucional que não pode ser alterado nem mesmo por Proposta de Emenda à Constituição (PEC). As cláusulas pétreas inseridas na Constituição do Brasil de 1988 estão dispostas em seu artigo 60, § 4º. São elas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

Outra questão refere-se sobre a necessidade da autorização legislativa para que o Presidente da República denuncie os tratados internacionais de direitos humanos.[7]

No âmbito do direito internacional a reforma trazida pela E/C nº45 é um exemplo claro de falta de compreensão e de interesse do legislador brasileiro, ao versar sobre a normativa internacional dos direitos humanos, além de demonstrar total desconhecimento sobre as regras básicas do direito internacional público, advindas pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, especialmente a do *jus cogens.*[8]

3.3.Súmula n° 25 do Supremo Tribunal de Justiça – Efeito Supralegal

A emenda constitucional nº 45 de 2004, na qual acrescentou o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal fomentando ainda mais as discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o *status* hierárquico dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico interno.

O recurso extraordinário nº 466.343, de 3 de dezembro 2008, que tratou da prisão civil do depositário infiel foi um divisor de águas quanto ao posicionamento do STF acerca do *status* hierárquico dos tratados de direitos humanos perante a legislação nacional.

Ante a esta problemática, o STF ficou diante de um dilema jurídico, de um lado a Constituição Federal que dá legalidade a prisão civil do depositário infiel, sendo esta à lei máxima do país, por outro lado um compromisso internacional aceito sem resevas a ser cumprido. Além disso, este tratado internacional foi inserido no ordenamento jurídico antes da E/C nº45 e, portanto não possui *status* de emenda constitucional e sim de lei ordinária.

A saída encontrada pelo STF foi adotar a tese da supralegalidade e dar aos tratados internacionais de direitos humanos o efeito supralegal, sendo esta decisão refletida na mudança do posicionamento do próprio órgão acerca do *status* hierárquico dos tratados de direitos humanos e consequentemente dos futuros julgados.

O marco desta mudança no posicionamento jurisprudencial foi à resolução do RE 466.343/2008 que não revogou o ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana dos Direitos Humanos – Pacto de São

[7] Este sistema de denúncia é adotado pela Constituição Espanhola de 1978, que submete ao requisito da autorização prévia do Legislativo, art. 96, nº 2 e 94, nº 1 "c"; da Suécia no art. 4; da Dinamarca de 1953, no art. 19, nº 1; da Holanda de 1983, art. 91, nº1; e da Argentina, a partir da reforma de 1994 (MAZZUOLI, 2007, p.91).

[8] Conforme definição encontrada no artigo 53 da Convenção de Viena do Direito dos Tratados: " a norma do "*jus cogens"* é aquela norma imperativa de Direito Internacional geral,aceita e reconhecida pela sociedade internacional em sua totalidade, como uma norma cuja derrogação é proibida e só pode sofrer modificação por meio de outra norma da mesma natureza".

José da Costa Rica (art. 7, nº 7), mas deixou de ter aplicabilidade toda à legislação infraconstitucional que versava sobre a prisão civil de depositário infiel.

A eficácia paralisante, assim chamada pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, atribuída ao efeito supralegal consiste em retirar a aplicabilidade das leis infraconstitucionais conflitantes com os tratados de direitos humanos.

O efeito supralegal que possuem os tratados internacionais de direitos humanos está, conforme a hierarquia das leis, do ordenamento jurídico nacional elencada no art. 59 da Constituição Federal, ou seja, eles estão abaixo da Carta Magna e acima das demais leis infraconstitucionais.

O atual posicionamento do STF revogou a aplicabilidade da Súmula 619, pois o próprio órgão, que versava: "a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independente da propositura de ação de depósito".

Para sedimentar essa nova orientação do STF foi firmada a Súmula Vinculante nº 25, cujo enunciado transcreve esse novo entendimento jurisprudencial: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito".

Em suma, o novo posicionamento jurisprudencial no tocando aos tratados de direitos humanos foi muito bem vindo para atender as necessidades da sociedade moderna, em que vigora a supremacia do princípio da dignidade humana e os direitos e garantias fundamentais aos seres humanos.

4. Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro existem dois sistemas de incorporação dos tratados internacionais.

A Constituição Federal adota um sistema único e diferenciado de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro no que tange ao procedimento da sistemática incorporativa, por dispensar o decreto do Executivo. Além de adotar a teoria monista internacionalista.

Já a incorporação dos tratados internacionais comuns possuem um ato interno, a mais, para que façam parte do ordenamento jurídico nacional e também porque possuírem *status* hierárquico legislativo diferente aos tratados de matéria de direitos humanos. A teoria adotada para os tratados internacionais comuns é a dualista.

Estas diferenças entre a forma de incorporação e a falta de uma legislação específica que verse sobre o tema causam muitas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, assim como, conflitos legislativos entre o direito interno e o direito internacional público.

Quanto aos tratados de direitos humanos a jurisprudência encontrou uma solução com base na E/C nº 45 e na súmula nº 25, entretanto, essa solução por mais revolucionária que seja ainda é paliativa em razão de haver muitas lacunas na lei.

Será necessária uma mudança considerável de entendimento e familiarização do judiciário brasileiro com os compromissos assumidos pelo Estado para que ocorram incorporações dos tratados internacionais de forma efetiva para a conclusão dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, no plano interno.

A responsabilidade do Poder Judiciário deve estar integrada de forma harmônica com o Poder Legislativo, de modo a evitar edição de leis conflitantes com os tratados assumidos pelo Brasil.

Não se deve aceitar a utilização de expedientes legislativos com o intuito de postergar a vigência do tratado internacional ou mesmo não cumpri-lo, para tanto, é necessário que haja uma reflexão e longo exame entre os estudiosos de direito internacional público e os constitucionalistas visando compreender a sistemática internacional e constitucional moderna de incorporação e aplicação dos tratados para se tenha uma efetividade no direito interno brasileiro.

5. Referências

AQUINO, Leonardo Gomes de. **Tratados Internacionais (Teoria Geral).** Âmbito Jurídico Disponível em: <<www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7652>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Presidência da República – Casa Civil. 5 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa.** DF. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>Acesso em: 18 nov. 2014.

BRASIL. Presidência da República – Casa Civil. Decreto-lei nº 19.841, de 22 outubro de 1945. Carta da Organização das Nações Unidas. **Diário Oficial da República Federativa.**

DF. Disponível em: <<www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

BRASIL. Presidência da República – Casa Civil. Emenda Constitucional nº45, de 30 de dezembro de 2004. **Diário Oficial da União**. DF. Disponível em: <<www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>>. Acesso em 17 jun. 2015.

BRASIL. Presidência da República – Casa Civil. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. **Diário Oficial da República Federativa.** DF. Disponível em**:** <<www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>>. Acesso em: 08 fev. 2015.

BRASIL. Presidência da República – Casa Civil. Decreto nº 678, de 9 de novembro de 1992. Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica. **Diário Oficial da União**. DF. Disponível em: <<www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraodinário nº 466.343-1, de 5 de junho de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**. DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 27 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 25, de 23 de dezembro de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**. DF. Disponível em: <<www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268 >>. Acesso em: 27 jun. 2015.

BREGALDA, Gustavo. **Direito Internacional Público & Direito Internacional Privado.** São Paulo: Atlas, 2007.

DALLARI, Pedro B.A. **Constituição e tratados internacionais.** São Paulo: Saraiva, 2003.

HANS, Kelsen. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KHAMIS, Renato Braz Mehanna. **O *Status* dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Sistema constitucional brasileiro.** Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo – 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 8º ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Curso de Direito Internacional Público**. 2º ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Tratados Internacionais**. 2º ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral. Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Paris, em 10 dez. 1948.

NOSCHANG, Patrícia Grazzotin. A Teoria de Triepel e o Recurso Extraordinário 80.004. **Revista Lus Gentim: a teoria e comércio de direito internacional**. Florianópolis. n. ISSN 1983-8638, p. 97-114, 2009. Disponível em: <<www.lusgentium.com.br>>. Acesso em: 22 mai. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4º ed. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2000.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional: curso elementar**, 8º ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça.** São Francisco, Estados Unidos: Organização das Nações Unidas. Disponível em:<www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Corte-Internacional-de-Justi%C3%A7a/estatuto-da-corte-internacional-de-justica.html>Acesso em: 01 jun.2015.