

RECEBIDO EM: 06/07/2014

APROVADO EM: 18/01/2015

A HIERARQUIA DOS TRATADOS NO DIREITO BRASILEIRO

*INTERNATIONAL TREATIES' AUTHORITY IN RELATION TO LAWS
ENACTED BY PARLIAMENT IN BRAZIL*

Juliano Scherner Rossi¹

Procurador Federal

Especialista em Direito Público – UnB

Mestrando em Direito – PPGD/UFSC

SUMÁRIO: Introdução; 1 O relacionamento entre direito internacional e direito doméstico; 1.1 O problema da subordinação das ordens internacional e doméstica; 1.2 Monismo e dualismo; 1.3 A operação interna dos tratados; 2 A operação interna dos tratados no direito brasileiro; 2.1 Aplicação direta; 2.2 Vigência interna; 3 Hierarquia entre lei e tratado; 3.1 O caso das leis ordinárias; 3.2 O caso dos tratados em direitos humanos e tributos; 4 Considerações Finais; Referências.

¹ juliano.rossi@agu.gov.br

RESUMO: É estudada a operação interna dos tratados internacionais, especialmente a hierarquia entre tratado e lei. Buscam-se os elementos para fundamentar uma decisão judicial em que exista antinomia entre tratado e lei na teoria e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. É utilizado o método dedutivo e a técnica monográfica. Apenas sob o aspecto de responsabilização internacional é permitido afirmar-se que o direito internacional, fundado na soberania, tem primazia sobre as ordens domésticas. O direito internacional permite aos países liberdade de organização, inclusive no que se refere à operação interna dos tratados, desde que isso não prejudique a boa-fé na sua execução. No Brasil, segundo o Supremo Tribunal Federal, há aplicação direta dos tratados e a vigência interna se dá na publicação do decreto de sua promulgação. Os tratados estão em nível hierárquico inferior à Constituição e igual ao das leis ordinárias e as antinomias são resolvidas segundo o *lex specialis* e o *lex posterior*; os tratados de direitos humanos ocupam hierarquia supralegal.

PALAVRAS-CHAVE: Tratado Internacional. Lei. Hierarquia. Aplicação Direta. Vigência. Invocabilidade. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The internal operation of international treaties, particularly the hierarchy between treaty and laws enacted by parliament is studied. This article presents theoretical models to provide basis for the solution of antinomies between treaty and laws and analyses the related precedents of the Brazilian Supreme Court. The deductive method and the monographic technique are used. Only from the point of international responsibility it is allowed to say that international law, founded on sovereignty takes precedence over domestic orders. Theories which attempt to describe the relationship between international and domestic law, monism and dualism, do not allow establishing definitively the discussion. International law allows countries freedom of organization, including with regard to the internal operation of treaties, provided that this does not harm the good faith in implementing the treaty obligations. In Brazil, according to the Supreme Court, there is direct application of treaties and internal validity is given in the publication of the decree of promulgation. The treaties are on a lower hierarchical level in relation to the Constitution and on an equal level in relation to the laws enacted by parliament. Antinomies are resolved according to the *lex specialis* and *lex posterior*. Treaties on human rights occupy supralegal authority.

KEYWORDS: International Treaty. Law. Hierarchy. Direct Application. Validity. Invocability. Brazilian Supreme Court.

INTRODUÇÃO

As relações internacionais têm sido objeto de um número maior de estudos no Brasil em função do aumento da importância do comércio internacional. Com a circulação de mercadorias e de pessoas, surge a necessidade de que o sistema legislativo brasileiro esteja preparado para essa realidade. A Constituição da República Federativa do Brasil (doravante Constituição), ainda que seja criticada por ser muito analítica, repetitiva e alçar ao nível constitucional matérias, em princípio, de lei ordinária, deixou de disciplinar a relação entre direito interno e direito internacional, criando uma lacuna quase incompreensível para os dias de hoje. A operação interna dos tratados, em função da própria matéria, tem componentes que muitas vezes escapam a uma abordagem estritamente jurídica, envolvendo elementos de organização e teoria do estado e, principalmente, de política externa. Isso constitui desafio ainda maior, pois o discurso científico muitas vezes será utilizado para embasar ideologias políticas ou simpatias ocultas.

Este visa estudar a operação interna dos tratados, principalmente no que se refere à hierarquia entre tratado internacional e lei ordinária. Com isso, buscam-se estabelecer elementos pelos quais se pode embasar uma decisão judicial em que existem tratados e leis regulando a mesma matéria. Constitui-se a pesquisa, então, fundamentalmente dogmática. Serão vistos, mesmo assim, aspectos teóricos relacionados como os fundamentos jurídicos da ordem internacional e dos tratados e algumas das teorias sobre o relacionamento entre o direito internacional e o direito nacional dos estados.

A primeira seção tratará do relacionamento entre ordens jurídica internacional e doméstica. Isso visa a contextualização acerca do sistema internacional e as formas que este possui de estabelecer a sanção ou de promover o ajuste de conduta dos estados no caso de descumprimento de obrigações internacionais e a operação interna dos tratados. O tema será estudado em seus aspectos teóricos, a partir das principais teorias existentes sobre a relação entre direito internacional e direito interno. Aqui, o foco estaria na díade dualismo/monismo com seus erros e acertos. O aspecto prático será visto na seqüência com o estudo dos aspectos constitucionais relativos à operação interna dos tratados. A segunda e a terceira seções estudam o caso brasileiro, com base no direito positivo e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Serão abordados os aspectos mais relevantes acerca dos pontos discutidos na primeira seção, como aplicação direta, vigência interna, e hierarquia entre tratado e fontes internas (constituição e leis infraconstitucionais). O trabalho finaliza com alguns rápidos apontamentos a respeito de duas matérias com tratamento diferenciado: os direitos humanos e o direito tributário.

O método empregado é o dedutivo e a técnica, monográfica. A documentação consultada consiste primordialmente na legislação brasileira e nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal (STF).

1 O RELACIONAMENTO ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO DOMÉSTICO

O estudo das relações entre direito internacional e direito interno envolve questões teóricas e práticas. O aspecto *teórico* envolve a construção de uma teoria jurídica que explique coerentemente o relacionamento entre o Direito Internacional – DI e o direito interno dos estados. O *prático* está relacionado à resolução dos problemas surgidos da aplicação de normas particulares do DI no direito interno e os eventuais conflitos entre eles, ou como preferem os autores de língua inglesa, questões decorrentes da *operação interna dos tratados (internal operation of treaties)*.

Historicamente, é possível identificar dois períodos em que houve, no estudo do tema, o predomínio de um dos aspectos sobre o outro. Em um primeiro momento, desde o final do século XIX até a década de 30 do século passado, quando se sistematizou o problema, as discussões acerca do tema envolviam predominantemente os aspectos teóricos da matéria. Posteriormente, por pouco refletirem na realidade das relações entre os estados, passou-se a privilegiar o aspecto pragmático da matéria.² Apenas com o surgimento do positivismo e do voluntarismo é que o problema conformou-se, opondo DI e ordem interna, quando anteriormente vigoravam concepções universalistas e jusnaturalistas do DI.³

Normalmente o estudo do relacionamento entre DI e direito interno é caracterizado pela díade *monismo/dualismo*. Esses termos, entretanto, são equívocos. Por um lado, *monista* e *dualista* são teorias jurídicas de caráter científico. Tem-se aqui, como objetivo principal a descrição, não de um caso particular, mas de um conjunto inteiro de fenômenos. Mais especificamente, busca-se criar uma teoria para descrever as relações entre DI e direito interno não de um ou de alguns países, mas de uma universalidade de países. Aqui, os termos refletem o já mencionado aspecto teórico da disciplina.

2 GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Reforma constitucional e o problema da superioridade hierárquica dos tratados frente leis internas. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, São Paulo, v. 7., n. 27, abr./jun. 1999. p. 143-153.

3 LITRENTO, Oliveiros L. *Manual de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Forense, [1968?].

Por outro lado, *monista* e *dualista* são também termos que caracterizariam diferentes sistemas político-constitucionais de aplicação de normas internacionais no interior dos estados. Dessa forma, países seriam identificados como monistas ou dualistas – ou quaisquer denominações intermediárias – dependendo de como as soluções adotadas por seu direito constitucional se assemelhem às conclusões de uma ou outra das terias científicas. Jackson⁴ aponta para a inadequação dessa terminologia, visto é que é por demais dicotômica e imprecisa. Na realidade, existem vários graus de aplicação direta de tratados, sem mencionar a confusão que existe quando se trata do assunto. A concepção *voluntarista*, ao fundar o DI no consentimento dos estados, leva ao dualismo; a concepção *objetivista*, ao situar a origem do ordenamento jurídico fora da vontade humana, conduz ao monismo. Por envolver o estudo das constituições dos países, refletem, por seu lado, o aspecto prático.

Por conta disso, quando forem utilizados os termos *monismo* e *dualismo*, na medida do possível, será estabelecido precisamente de qual contexto fazem parte.

1.1 O PROBLEMA DA SUBORDINAÇÃO DAS ORDENS INTERNACIONAL E DOMÉSTICA

O direito internacional (DI) funda-se sobre bases diferentes das do direito doméstico.⁵ No direito doméstico, os indivíduos são compulsoriamente sujeitos à jurisdição do estado – ou de uma sociedade particular – que os tutela. O estado monopoliza a distribuição da justiça e é dotado de órgãos especificamente criados para darem efetividade às decisões que compõem o direito. Tal não ocorre na relação entre as nações. Historicamente, a formação de grupos humanos independentes tornou necessária a existência de certas normas ou princípios jurídicos que regulassem o contato entre tais grupos, forjando um núcleo normativo cuja eficácia e amplitude variava em razão dos seus estágios de desenvolvimento e cultura.

As peculiaridades da estrutura da sociedade internacional e do direito que a regula irão, logicamente, determinar as consequências jurídicas dos tratados internacionais.⁶ Essas consequências, entretanto,

4 JACKSON, John. H. Status of treaties in domestic legal systems: a policy analysis. *American Journal of International Law*. v. 86, n. 2, Washington, 1992, p. 310-340.

5 Neste estudo, os termos direito interno, direito nacional e direito doméstico serão considerados sinônimos.

6 Em função de suas peculiaridades, o DI teve contestada a sua condição como real “direito” por vários autores, especialmente considerada a teoria positivista, em razão da inexistência de um órgão que garanta a produção e aplicação das normas que garanta a unidade formal do sistema. Cf. HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. p. 252-253; KELSEN, Hans. *Teoria*

não repercutem apenas no plano internacional. Os tratados implicam obrigações de comprometimento total do estado, muitas vezes visando criar reflexos no direito interno.

A soberania, a ausência de subordinação como a do indivíduo ao estado, é um dos elementos chave para a compreensão do DI. O DI “pressupõe a existência de ordens jurídicas estatais que se autodeterminem, de sorte que não poderia conter norma alguma susceptível de suprimir a existência ou desfazer a autonomia de tais ordens”.⁷ O DI contemporâneo segue sendo interestatal, estando baseado no pressuposto da soberania e na distribuição individual do poder político, ou o predomínio da estrutura relacional ou de justaposição, baseada nos estados, sobre a estrutura institucional, baseada nas organizações internacionais. Dois dos aspectos formais mais característicos desse ordenamento são o voluntarismo e o relativismo, com extraordinária relevância do consentimento do estado tanto na criação como na aplicação das normas internacionais.

Os países e a sociedade internacional, com fundamento na soberania, não se interessam por anular normas domésticas de outros países. O contencioso internacional é de reparação, não de anulação: não há jurisdição entre estados soberanos e iguais (*par in parem non habet iudicium*).⁸ É o que se compreende do art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969): “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o inadimplemento de um tratado”.⁹ O DI toma as decisões dos parlamentos ou tribunais nacionais simplesmente como fatos que expressam a vontade e constituem atividades do estado, da mesma forma como com os atos administrativos.

Se for possível se falar em subordinação da ordem jurídica doméstica à internacional, essa se dá apenas no *dever de reparar*. Ainda que realizadas conforme o direito doméstico, condutas podem configurar ilícito internacional. O estado que, ao descumprir uma obrigação internacional,

pura do direito. 6. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998; KELSEN. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

7 BOSON, Gerson de Britto Mello. *Constitucionalização do direito internacional: internacionalização do direito constitucional, direito constitucional brasileiro: os caminhos da paz*. Belo Horizonte : Del Rey, 1996. p. 177.

8 cf. art. 2.º, § 7.º, Carta da ONU.

9 BRASIL. *Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 30 jun. 2014. O art. 46 traz única exceção, relativa à competência para concluir tratados.

causa dano a outro estado deve a ele uma reparação adequada. A responsabilidade internacional não apresenta desenvolvimento semelhante ao direito dos tratados, já codificado, mas é geralmente aceito que a responsabilidade internacional tem natureza *compensatória* e implica duas consequências: o da *reparação* e o da *satisfação*, eventualmente. A *reparação* está relacionada a danos materiais, implicando o restabelecimento das coisas ao estado anterior ou em sua primitiva integridade, eventualmente uma indenização da quantia equivalente. A *satisfação*, por outro lado, relaciona-se a danos imateriais e faz-se geralmente por meio de atos expiatórios, como o pedido de desculpas ou a punição dos culpados.

É importante perceber a responsabilidade internacional decorrente de atos legislativos ou judiciais nacionais não significa a ingerência sobre assuntos de domínio exclusivo dos estados, visto que nenhum desses atos será anulado. Existe, sim, a reparação por um dano decorrente da violação de uma norma internacional, ou, em outros termos, da inexecução de uma obrigação contraída sob o regime do DI.

1.2 MONISMO E DUALISMO

A teoria dualista é cronologicamente mais antiga do que a monista. O primeiro estudo acerca da relação entre DI e direito interno foi realizado por Heinrich Triepel, em 1899, na obra *Völkerrecht und Landesrecht*. Em 1905, na Itália, Dionisio Anzilotti, lançou *Il Diritto Internazionale nei Giudizi Interni*, em que desenvolve as idéias propostas inicialmente por Triepel.

A teoria dualista funda-se sobre o voluntarismo e a soberania do estado. Ela afirma o DI e o direito interno como duas ordens igualmente válidas, porém absolutamente distintas e independentes. Não havendo ponto de contato, teoricamente não há o risco de conflito entre um e de outro. Basicamente, a teoria propugna a diversidade entre as fontes do DI e do direito interno. As normas de DI procedem de uma *vontade comum* dos estados, não podendo senão em razão dela ser modificadas ou suspensas; ao passo que as normas de direito interno emanam unilateralmente da *vontade soberana* do estado – somente este podendo modificá-las ou suspendê-las – e seriam incapazes de estabelecer obrigações entre estados.

Um sistema jurídico pode referir-se a outro por intermédio da *recepção* das normas do outro ordenamento. Essa recepção (mediante um *ato de transformação* ou *de incorporação*) seria responsável por uma transformação da natureza da norma em termos de: (a) seu valor formal, que se faz jurídica na ordem interna; (b) seus destinatários, deixando de serem estados para

serem indivíduos; e (c) seu conteúdo, que é mais ou menos transformado para que se dê valor extensivo interno – eficácia nacional. Os possíveis conflitos decorrentes das antinomias entre normas internacionais e internas (depois de devidamente recepcionadas, logicamente) seriam resolvidas no plano internacional por intermédio da responsabilização internacional do estado sem invalidar, contudo, a norma interna.

A teoria monista surgiu da crítica à teoria dualista ao afirmar a unidade do direito público. Em vez de haver duas ordens separadas e independentes, DI e direito interno formariam uma única ordem jurídica, organizada segundo um princípio de derivação ou subordinação de uma à outra. Kelsen é considerado o precursor da teoria, tendo assumido posição de vanguarda, contra a opinião dominante em sua época. Ele consagra o monismo no livro *Das Problem der Souveranitat und die Theorie des Volkerrechts*, em 1920. O monismo não chegou, todavia, a constituir um movimento homogêneo. Sob o mesmo nome reuniram-se diversos doutrinadores com concepções diversas acerca dessa unidade do direito público. Diversos também seriam os fundamentos.

A teoria de Kelsen tem as mesmas bases de sua ciência normativa (lógico-formal, então) apresentada na *Teoria Pura do Direito*. Segundo tal sistema, as normas extrairiam seu fundamento de outras normas que lhes conferem validade, estas de hierarquia superior. A regressão continuaria até que se alcançasse uma norma fundamental de caráter hipotético, garantidora da validade de todo o ordenamento. Sendo um único sistema, ou as duas ordens são subordinadas uma à outra ou são coordenadas entre si e ambas subordinadas a uma terceira ordem. Como esta não existe, está-se diante da primeira opção.

Para Kelsen, a ordem internacional teria a primazia, articulando todo o ordenamento partindo de uma norma que poderia ser enunciada da seguinte forma: “os Estados devem se conduzir como têm se conduzido de costume”.¹⁰ A constituição não surge como um ato de afirmação do poder do estado (soberania), mas do acordo de países que a permite como forma de relacionamento entre países. Ainda assim, a invalidação das normas internas em desacordo com as normas internacionais não seria automática. Kelsen observa que a “ilegalidade de uma norma significa a possibilidade de revogar a norma ou de punir o órgão criador da norma”.¹¹ Aponta, contudo, que o DI geral não estabelece esse processo por meio do

10 KELSEN, op. cit., p. 525.

11 Ibid., p. 528.

qual se poderia declarar a “ilegalidade” de uma norma de direito interno, tal como ocorre no direito interno ou em algum DI particular, ainda que possa vir a sê-lo no futuro. Segundo parece, em função da situação política internacional, assim continuará por um bom tempo.¹² No plano interno, por sua vez, se houver conflito entre disposição de tratado e de norma doméstica, o juiz estaria obrigado por sua jurisdição; se a constituição determinar a prevalência da norma interna, assim deve proceder. Isso, todavia, configuraria ilícito internacional, submetendo o estado ao regime da responsabilização.

As duas correntes – e as diversas teorias existentes – não estão imunes a críticas. Das duas posições, a dualista é a que encontra maior crítica. Inicialmente, o voluntarismo, sua base filosófica, tem vários inconvenientes, pois tem dificuldade em explicar o fundamento do DI, especialmente a obrigatoriedade do costume internacional e menos ainda o *jus cogens*. Também se verifica que o DI costumeiro é normalmente aplicado pelos tribunais internos sem que haja qualquer transformação em lei interna.¹³ Dificilmente, ainda, se poderia dizer que as ordens internacional e interna têm uma separação fundamental. Do ponto de vista sistêmico, o DI dirige-se ao direito nacional dos estados; se estes não o cumprem, ele deixa de funcionar. As normas de DI são incompletas e aguardam suplementação pelas normas do direito nacional. Da mesma forma, é historicamente superada a idéia de que normas de DI somente se endereçam aos estados. O indivíduo, mesmo não tendo ascendido à qualidade de sujeito de DI geral, pode ser de um DI particular. Existem normas importantes do DI que impõem obrigações e conferem direitos aos indivíduos de forma direta, como, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Da mesma forma, um indivíduo pode ser responsabilizado internacionalmente pelo Tribunal Penal Internacional.

O monismo, por seu lado, também tem falhas porque trata um sistema como derivação do outro, ignorando as realidades físicas, políticas e sociais que de fato as separam. A hierarquização formal de todo o sistema, proposta por Kelsen, é dificilmente verificável. Ao apoiar a norma fundamental (hipotética) num princípio de eficácia (factual), continua padecendo dos mesmos defeitos da *teoria pura do direito*. Saindo do domínio puramente normativo, ao se estabelecer a supremacia de uma ordem sobre a outra, está-se fazendo um juízo de valor *a priori*. Essa escolha apriorística,

12 cf. art. 2.º, § 7.º, Carta da ONU.

13 GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. *Conflito entre normas do Mercosul e direito interno: como resolver o caso brasileiro?* São Paulo: LTr, 1997. p. 134.

contudo, não garante que a ordem prestigiada tenha maior valor ou seja mais justa do que a outra no caso concreto.¹⁴ Numa situação como essa, ou mantém-se a escolha inicial, com o risco de haver uma solução injusta, ou dá-se primazia à outra ordem. Nesse caso, porém, não se pode dizer que existe subordinação de uma ordem à outra, mas uma subordinação das duas ordens a uma terceira, uma solução de contornos claramente jusnaturalistas.

Em adição, nenhuma das duas correntes responde de forma satisfatória a outras questões práticas relacionadas, como a questão da interpretação dos tratados por tribunais nacionais ou o valor da jurisprudência internacional nesses tribunais.

As teorias positivistas, que dão ênfase à estrutura formal, parecem não dar conta do problema de compatibilizar fontes formais diversas, de modo que abordagens sistêmicas têm sido privilegiadas atualmente.¹⁵ Assim, o foco foi desviado para os mecanismos de compatibilização e de harmonização, de índole pragmática. O estudo da operação interna dos tratados, que virá a seguir, é dessa vertente.

1.3 A OPERAÇÃO INTERNA DOS TRATADOS

A questão da hierarquia entre lei e tratado é apenas umas das diversas questões constitucionais envolvendo tratados e direito nacional. É, contudo, a que ocupa as maiores preocupações dos autores brasileiros, que a tomam por central, pouco se ocupando de outros assuntos igualmente relevantes. Ainda que o objetivo neste estudo seja apenas a questão hierárquica, existem outros temas correlatos que precisam ser também tratados de forma a poder compreender-se essa hierarquia.

Jackson,¹⁶ em vez de inferir se um país se enquadra nas categorias tradicionais *monista* ou *dualista*,¹⁷ prefere enumerar as questões a serem resolvidas pelos seus sistemas constitucionais. Ele inclui entre as principais questões envolvendo tratados no direito nacional as seguintes: (a) o poder

14 O'Connell cita o caso de Verdross, cujas razões pelas quais colocou o direito internacional sobre os direitos nacionais dos Estados não são claras, desconfiando que se relacionem ao desejo do jurista por um mundo regido pelo direito. Cf. O'CONNELL, D. P. *International law*. London: Stevens & Sons, 1965. p. 41.

15 Para contextualização, recomenda-se a leitura do relatório *Fragmentation of International Law*, da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (2006); uma abordagem sistêmica recomendada é apresentada em *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*, de Gunther Teubner (1997).

16 JACKSON, op. cit.

17 Desta parte em diante, os termos *monista* e *dualista* aparecerão sempre entre aspas.

de negociar o tratado; (b) o poder de assinar o tratado (normalmente *ad referendum*, apenas para autenticar o texto); (c) o poder de manifestar consentimento em obrigar o país pelo tratado; (d) a validade do tratado em face do direito constitucional e sua vigência; (e) o poder de implementar as obrigações do tratado; (f) aplicação direta do tratado no direito nacional; (g) a invocabilidade do tratado; (h) hierarquia de normas no direito nacional quando há conflito entre normas do tratado e normas de direito interno; (i) o poder de administrar (*administer*) o tratado, que inclui uma série de questões como o procedimento formal de ratificação;¹⁸ o poder de interpretar o tratado para aplicação doméstica e em termos de DI; o poder de representar o país nos procedimentos institucionais relacionados ao tratado (como em reuniões bilaterais ou multilaterais); o poder de votar em tais procedimentos; o poder de emendar um tratado; e o poder de denunciar o tratado.

Os pontos de maior interesse aqui são os que envolvem a operação interna dos tratados, ou seja, a aplicação direta (AD), a vigência, a invocabilidade e a hierarquia. Os efeitos relativos à operação interna dos tratados somente podem ser apreciados por etapas; para que se possa passar ao ponto seguinte, deve haver uma afirmativa no anterior. Sendo assim, a questão hierárquica somente será apreciada se o tratado: (a) for válido segundo ambos DI e direito doméstico; (b) for diretamente aplicável; (c) estiver vigente domesticamente e (d) for invocável pela parte interessada.

O primeiro dos temas referentes às provisões constitucionais acerca dos tratados no direito interno é o da operação interna dos tratados. Normalmente a questão não é tratada pelos doutrinadores brasileiros nestes termos. Nem por isso deixa de ter relevância, pois determinará, em última análise, se o Brasil adota a solução “monista” ou a “dualista”. Um país “monista” seria aquele que privilegia a *aplicação direta*. Em um “dualista”, haveria a necessidade de um *ato de transformação* (ou *ato de incorporação*) para que os tratados tivessem operação dentro do país.

Aplicação direta significa que os tribunais e os órgãos administrativos assumirão o tratado diretamente como fonte do direito, tratando seu texto

18 O termo ratificação, segundo Rezek, tem sido utilizado para significar quatro coisas distintas: a) o ato internacional de estado que exprime a vontade de se obrigar por um tratado; b) o procedimento internacional para a formação de um tratado, a troca ou depósito formal dos instrumentos de ratificação; c) o documento em que o estado exprime sua vontade de obrigar-se pelo tratado; e d) a aprovação do tratado pela legislatura ou outro órgão do estado cujo consentimento possa ser necessário (REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 51-53). Esta última acepção é indesejável, por ser atécnica.

exatamente da mesma forma como se fosse o de uma lei.¹⁹ Com relação à AD, O'Connell²⁰ estabelece ainda uma distinção necessária entre tratados auto-aplicáveis (*self-executing*) e não auto-aplicáveis (*non self-executing*). Estes últimos teriam apenas a intenção de obrigar externamente, sujeitando os países apenas à responsabilização internacional e não sendo capazes de vincular diretamente no interior dos países. A diferenciação entre um e outro estaria na intenção das partes e da linguagem do tratado. Tratados não auto-executórios necessitariam, dessa forma, de atos legislativos internos posteriores para concretizar o propósito do tratado. Logicamente, somente esses atos internos poderiam ser invocados em um tribunal nacional.²¹

Invocabilidade ou aplicação direta parcial (ADP), por seu lado, está estreitamente ligada com a AD e relaciona-se a *quem* pode invocar o tratado. Talvez mais bem colocado, atua sobre o âmbito subjetivo de aplicação da norma convencional. Jackson²² observa que, por exemplo, um tratado pode ser diretamente aplicável numa disputa entre diferentes níveis de governo, ou entre governo e cidadãos (verticalmente), mas não entre cidadãos (horizontalmente).

Se não se adota a AD, tem-se que o texto do tratado não será invocável num tribunal do país de forma alguma pela parte interessada. Havendo sido editada lei que dispuser sobre a matéria contida no tratado, será ela, e somente ela, invocável. Tal lei seria o *ato de transformação*, termo utilizado pelos dualistas para caracterizar o ato legislativo previsto na constituição do estado que conferiria direitos e obrigações com aspecto de obrigatoriedade, generalidade e abstração (definição de lei), posto que o tratado, como ato meramente internacional (entre estados), não teria essa capacidade. No interregno entre a vigência do tratado no âmbito internacional e a vigência da lei interna que o regulamenta, não há direito invocável internamente, ainda que o país esteja sujeito à responsabilização internacional. Interessante é notar que num sistema como esse, não há lugar para discutir-se sobre hierarquia, visto que o tratado não faz parte do acervo normativo nacional. As leis que internalizam o texto do tratado

19 Não confundir com (a) aplicabilidade direta (em espanhol aplicabilidad inmediata o automática), a qualidade das normas da União Europeia de se incorporarem automaticamente à ordem jurídica dos estados-membros, sem necessidade de qualquer ato estatal que as recepcione, e (b) efeito direto (em espanhol aplicabilidad directa), outra qualidade das normas da União Europeia que confere direitos e obrigações diretamente aos cidadãos dos estados-membros. O efeito direto é análogo, na terminologia adotada aqui, ao tratado diretamente aplicável e invocável.

20 O'CONNELL, op. cit.

21 Ibid., 55-56.

22 JACKSON, op. cit.

seriam leis ordinárias tais quais outras leis ordinárias, ou seja, estariam no mesmo nível hierárquico. Estariam sujeitas, portanto, aos mesmos critérios em caso de conflito. Como exemplo paradigmático, pode-se citar o caso da Inglaterra. A Coroa tem como prerrogativa exclusiva a celebração de tratados, incluindo a ratificação, não havendo participação formal do Parlamento nesse processo. Em compensação, tratados nunca têm AD, necessitando que o Parlamento edite uma lei, que poderá, inclusive, repetir exatamente os termos do tratado. Somente tais leis poderiam ser aplicadas pelos tribunais.

Tendo o tratado AD, deve-se perquirir sobre o termo de início de vigência no interior do país. Os estados, como entes soberanos, podem diferir a vigência interna dos tratados, desde que isso não prejudique a boa-fé na sua execução. Sendo assim, a menos que haja algum tipo de restrição constitucional, os tratados devem entrar em vigor simultaneamente nas órbitas internacional e doméstica. Sendo, entretanto, o tratado um contrato, e não lei, ele estabelece apenas regras para as partes pactuantes, que devem ser promulgadas para o indivíduo antes que elas o obriguem. Sendo assim, com o início da vigência internacional, apenas os governos estariam obrigados pelo tratado. A vigência interna estaria a depender de um ato do estado que a estabelecesse. Usualmente se promulgam os tratados de alguma forma (por lei ou decreto) ou, senão, pela simples publicação oficial, antes que possam vincular indivíduos.

O termo *hierarquia* pode se tornar equívoco, de modo que uma conceituação é necessária. No plano lógico-normativo da teoria positivista, o direito regula a sua própria criação. Uma norma é apenas válida se criada segundo determinação de forma e conteúdo de outra norma que a antecede. Sendo assim, tem-se nesta o fundamento de validade daquela. A norma que determina a criação de outra norma é a norma superior e a norma criada segundo essa regulamentação é a norma inferior. A relação entre normas superior e inferior é uma relação hierárquica. No que se refere ao tratado internacional, não existe relação de hierarquia propriamente dita. O tratado não busca na constituição seu fundamento de validade. Por ser uma norma de DI, é neste que o tratado busca seu fundamento de validade, não no direito interno. Mesmo que a constituição outorgasse maior autoridade ao tratado do que à lei ordinária no âmbito interno, ainda assim não haveria hierarquia. O tratado continuaria buscando seu fundamento de validade no DI.

Sendo assim, deve-se entender hierarquia no contexto deste estudo de forma um pouco mais frouxa, significando a *autoridade* que goza, no

interior de um estado, o tratado de afastar a aplicação de outra norma antinômica interna, que poderia ser norma constitucional, lei federal, constituição ou lei estaduais ou outras, mesmo de níveis inferiores, como decretos ou resoluções. Como essa autoridade não pode ser deduzida do ordenamento, pois as origens formais são diversas, ela deve ser obrigatoriamente *outorgada*. O instrumento idôneo para isso em matéria de direito interno seria a constituição.

De qualquer sorte, é na existência de antinomias que o problema da hierarquia surge. Em se dando valor à questão da harmonização, entretanto, o alcance da palavra antinomia também deve ser redefinido. Os critérios de solução de antinomias visam precipuamente a eliminação de uma das normas segundo o seguinte raciocínio: se duas normas são contraditórias, uma delas deve ser afastada. De acordo com os princípios da harmonização, por outro lado, se há conflito, ambas devem prevalecer por intermédio de uma conciliação, desde que isso seja possível.²³ Bobbio²⁴ chamaria essa operação de *interpretação corretiva*.

Dessa forma, antinomia deve ter uma acepção mais restrita, significando, segundo Jackson,²⁵ uma norma de tratado inevitavelmente inconsistente com normas domésticas. Como as constituições são usualmente reputadas superiores aos tratados, a questão chave seria determinar a autoridade de um tratado quando há conflito com lei posterior. Em constituições que outorgam maior autoridade aos tratados, seria afastada a aplicação da lei no que fosse contrária. Se, por outro lado, não houver prevalência de um sobre o outro, costuma-se utilizar o princípio *lex posterior derogat priori*, como se estivessem no mesmo nível hierárquico.

Como paradigma da aplicação direta com *status* superior dos tratados – ADSS,²⁶ tem-se a Holanda. Com efeito, um tratado pode mesmo derrogar parte da constituição. Para isso basta que seja observado procedimento especial – ainda assim, menos rigoroso do que o para aprovar emenda constitucional – na sua aprovação pelo parlamento (art. 91, § 3.º). Não há, da mesma forma, controle de constitucionalidade de tratados (art. 120). Os tratados obrigariam internamente na data de sua publicação no país (arts. 93 e 95).

23 Para a teoria da harmonização, cf. O'Connell, op. cit.

24 cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília : UnB, 1997. p. 97-105.

25 JACKSON, op. cit.

26 “Monismo internacionalista” ou “monismo radical”, locuções também encontradas.

2 A OPERAÇÃO INTERNA DOS TRATADOS NO DIREITO BRASILEIRO

O Brasil não tem uma história de abertura às questões internacionais e os eleitores se interessam muito pouco por relações internacionais. Talvez por essa razão a operação interna dos tratados internacionais tenha recebido tão pouco destaque na Constituição. De todas as constituições brasileiras, a de 1988 é a que dá mais destaque às relações internacionais e à política externa. O mesmo avanço, todavia, não se estendeu à operação interna dos tratados, fundamentalmente repetindo quase literalmente os mesmos – e parcos – dispositivos desde a primeira constituição brasileira. De fato, os únicos artigos pertinentes se relacionam à aplicação direta e, mesmo assim, de forma implícita, como se verá mais adiante. A vigência interna dos tratados não é expressamente mencionada, só encontrando previsão se se recorrer à interpretação extensiva.

Em especial no que se refere à hierarquia entre tratado e lei ordinária, não existe nem existiu disposição alguma. Rezek menciona que nos trabalhos preparatórios da constituição de 1934 foi rejeitada proposição que visava conferir maior autoridade ao tratado do que às leis ordinárias.²⁷ Nos trabalhos da Constituinte de 1987 foi aprovada a ADSS na comissão temática, mas durante a sistematização, o dispositivo foi alterado para AD com igualdade hierárquica entre lei e tratado e, em uma etapa posterior, suprimido pura e simplesmente,²⁸ revelando uma resistência à ADSS que não se verifica na doutrina nacional.

De qualquer forma, ao não estabelecer expressamente o regime de incorporação de normas internacionais, o Parlamento optou pela obscuridade. Tendo rejeitado a ADSS em mais de uma oportunidade, não foi capaz, por outro lado, de suportar o ônus da subscrição de um texto que determina a derrogação de normas convencionais por lei interna. Ao fazer isso, transferiu para o Judiciário a resolução de uma questão política por excelência. É isso pode ser especialmente desconfortável para um juiz, cuja formação não é direcionada para solucionar tal tipo de questão. Mesmo assim, quando não existe clara definição clara definição de *status* na inserção dos tratados no ordenamento, os tribunais e corpos administrativos ainda possuem margem de manobra para influenciar

27 REZEK, op. cit., 105.

28 A forma como isso se deu é descrita em detalhes por DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994, o qual se recomenda a leitura.

este *status* em diferentes direções,²⁹ o que permite maior liberdade para se apreciar a matéria.

2.1 APLICAÇÃO DIRETA

Não há norma que expressamente afirme a possibilidade, ou não, da AD dos tratados. É possível, entretanto, chegar à conclusão da possibilidade da aplicação direta por via oblíqua. Os autores mencionam, basicamente, duas formas de se inferir-se isso.

A primeira delas repousa na análise da seguinte questão: existe em nosso ordenamento algo como um *ato de transformação*? Para responder a essa questão é necessário conhecer-se um pouco do procedimento da formação da vontade do estado. No sistema brasileiro, como na maioria dos países democráticos, o processo de celebração de tratados é fundamentalmente conduzido pelo Executivo, tendo o Legislativo participação formal na exigência de aprovação do Congresso Nacional anterior ao consentimento definitivo (arts. 84, VIII, e 49, I, Constituição). Essa aquiescência é materializada na forma de decreto legislativo, por ser matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional. Sendo o único momento em que se reserva ao Congresso Nacional, órgão do Legislativo, papel na celebração dos tratados, seria argumentável que o decreto legislativo de aprovação do texto do tratado realizasse a função de ato de transformação. O decreto legislativo, entretanto, não é instrumento hábil a criar normas dotadas de generalidade ou abstração, considerada a reserva legal (art. 5.º, II, da Constituição).

Deve-se considerar igualmente que a vigência de um tratado sujeito a procedimento extenso somente se inicia com a ratificação. Não faz sentido que comece a vigorar como tratado no interior de um país se o tratado nem chegou a ser concluído. Não há, na aprovação do tratado pelo Legislativo, “uma atividade legislativa capaz de gerar uma norma interna e, menos ainda, de transformar o tratado em direito interno a ser aplicado pelo Tribunal.”³⁰

O segundo argumento pela AD está na análise de termos utilizados em partes da Constituição, aqui e ali, que não tratam propriamente da operação interna dos tratados, mas permitem intuir que tratados podem ser diretamente aplicáveis. O controle de constitucionalidade dos tratados

29 JACKSON, op. cit., p. 312.

30 FRAGA, op. cit., p. 57.

(art. 102, III, “b”, Constituição), o recurso contra decisões que negam aplicação a tratado (art. 105, III, “a”, Constituição) e a possibilidade de crimes poderem ser previstos em tratado (art. 109, V, Constituição) indicam que um tratado pode ser aplicado diretamente.

O STF, por seu lado, tem afirmado a AD desde muito tempo. O julgamento paradigmático no país a esse respeito foi o do recurso extraordinário (RE) n. 71.154-PR,³¹ em 1971. A questão foi submetida à corte contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que negara vigência à Lei Uniforme de Genebra, afirmando que “os tratados, as convenções internacionais, não são auto-executáveis, dependendo, para que entrem no quadro da legislação interna, de lei elaborada pelo Congresso”.³² O RE foi provido, por unanimidade. Interessante, nesse caso, que o relator, Min. Oswaldo Trigueiro, adotou argumentos claramente políticos para justificar a posição do tribunal, ao afirmar que, se fosse necessário um ato de transformação, isso “colocaria o Brasil na privilegiada posição de poder exigir a observância do pactuado pelas outras partes contratantes, sem ficar sujeito à obrigação recíproca” e “não se justificaria que, além de solenemente aprovar os termos do tratado, o Congresso Nacional ainda tivesse de confirmá-los, repetitivamente, em novo diploma legal”.³³

A conclusão de que o direito brasileiro admite a AD, entretanto, não responde completamente ao questionamento inicial. Isso porque apenas se sabe que a AD constitui regra no direito brasileiro. Outra questão é saber se existem causas para que se afaste a aplicação direta de um tratado em particular. O STF, por exemplo, já afirmou, na ADI 1.480, que tratados regulando matérias reservadas a lei complementar não têm aplicação direta.³⁴ Outra questão é saber se um tratado reputado como auto-executório – ou auto-aplicável – poderia ainda assim não ser diretamente aplicável. Como foi mencionado na seção 1.3, a competência para decidir sobre a aplicação direta pode não ser exclusiva do Judiciário. O Congresso, ao aprovar o tratado, poderia, ao menos em tese, limitar a aplicação direta a alguns casos, restringir a invocabilidade ou, ainda,

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 71.154/PR*, Odilon Mello de Freitas e Aníbal Goulart Maia, relator Oswaldo Trigueiro, Brasília, 4 de agosto de 1971. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 jun. 2013.

32 BRASIL, 1971. p. 281-282. Transcrito no Relatório.

33 *ibid.*, p. 283.

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480-3/DF*, Confederação Nacional do transporte – CNT, Confederação Nacional da Indústria – CNI, Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Celso de Mello, Brasília, 4 de setembro de 1997. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 jun. 2013. p. 233 9 dos autos).

declarar simplesmente que o tratado não é diretamente aplicável ou auto-executório. Não existe, entretanto, precedente no STF.

2.2 VIGÊNCIA INTERNA

Ao contrário de países como a Espanha ou Portugal, que prevêm expressamente em suas Constituições o início da vigência dos tratados no ordenamento interno,³⁵ não existe no Brasil disposição a esse respeito. Segundo Rezek³⁶ e Magalhães,³⁷ não havendo disposição sobre vigência interna, um país deveria adotar a simultaneidade das vigências internacional e nacional, por favorecer o próprio objeto do tratado. Sendo assim, o ato de ratificação marcaria tanto o início da obrigação frente aos pactuantes quanto estabeleceria a obrigatoriedade dentro do país. Existe, entretanto, a necessidade da publicação doméstica, de algum modo, do ato de ratificação e do texto do próprio tratado, visto que não se dá vigência à lei sem que ela tenha sido publicada, nos termos do art. 84, IV, da Constituição, e do 1.º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.³⁸ No Brasil, a publicidade dos tratados tem se dado por sua promulgação pelo Presidente da República, por meio de decreto, dos tratados objeto de aprovação pelo Congresso Nacional. A promulgação ou, senão, a simples publicação, seria o primeiro dever ante a vigência do tratado, já sendo parte da fiel execução do tratado na ótica do direito internacional.³⁹

O STF já firmou jurisprudência acerca da vigência interna dos tratados, exigindo a promulgação dos tratados por decreto presidencial. Ainda que existam precedentes anteriores no mesmo sentido, em julgados mais recentes, os próprios Ministros citam como paradigma a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.480-DF, que discutiu ampla gama de assuntos relativos à incorporação de tratados. Essa orientação parece não comportar exceções. No Agravo Regimental em Carta Rogatória (AgRCR) n. 8.279-4, que discutiu o *status* dos tratados no âmbito do Mercosul, negou-se vigência ao Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto, então vigente internacionalmente para o Brasil, mas que não havia sido

35 Constituição Espanhola, art. 93; Constituição da República Portuguesa, art. 8.º, § 2.º.

36 REZEK, op. cit.

37 MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000.

38 BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 2 jul. 2014.

39 REZEK, op. cit., p. 85.

ainda promulgado até a data da decisão agravada. A negação de provimento atestou que os tratados do Mercosul, instituição que justamente tem por função a integração, não têm tratamento especial.

3 HIERARQUIA ENTRE LEI E TRATADO

Nos estados democráticos, além da garantia e promoção dos direitos fundamentais, que, na atualidade, constituem o fundamento da legitimidade do estado, cumpre à Constituição essencialmente cuidar da repartição de poderes ou competências. Deve ela cuidar, então, de determinar o *quê*, o *quem*, o *quando*, o *como* e o *porquê*. Isso não se refere somente ao poder de celebrar tratados ou o procedimento para tanto (olhar para dentro), mas também ao valor que possuem os compromissos internacionais e a inserção internacional do país (olhar para fora). Sendo assim, mesmo que seja outorgado a um tratado prevalência sobre todas as normas nacionais, incluindo a própria Constituição, o está sendo porque a Constituição o fez. Nesse aspecto, não existe texto com maior autoridade num estado do que sua própria Constituição.

A Constituição não permite que tratados internacionais prevaleçam sobre ela em caso de antinomia. A referência é feita de forma implícita no art. 102, que prevê a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de tratado.⁴⁰ Em 1977, o STF declarou inconstitucional parte da Convenção n. 110 da Organização Internacional do Trabalho, na Rp n. 803.⁴¹

3.1 O CASO DAS LEIS ORDINÁRIAS

De todos os problemas relativos à operação interna de tratados, o que traz maiores dificuldades é o da hierarquia entre tratado e lei ordinária. Ao contrário das questões anteriores, em que alguns dispositivos constitucionais, ao menos, servem de guia, não existe indicação nenhuma em que se apoiar. Ainda que existam recursos hermenêuticos para se extrair palavras do silêncio, dificilmente pode-se afirmar que foi eliminado suficientemente o campo de indeterminação. Numa situação como esta, a abertura proporcionada pelo sistema ao intérprete possibilitaria

40 Disposições semelhantes nas seguintes Constituições: a) 1969, Emenda n.º 1: art. 119, III, b; e b) 1967: 114, III, b.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Representação n. 803*, Procurador-Geral da República e Congresso Nacional, relator Djaci Falcão, Brasília, 15 de setembro de 1977b. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 jul. 2014.

interpretar excessivamente, extraindo algo que não é lícito pensar que no texto estivesse. Em virtude de um sistema de expectativas do intérprete, busca-se legitimar uma simpatia oculta.⁴²

Sendo assim, é preciso estabelecer desde logo que existem indicações circunstanciais, mas elas não servem para resolver o problema, pois não formam um conjunto idôneo. Por exemplo, nos arts. 102, III, b, e 105, III, b, o fato de *tratado* ser citado antes de *lei* não pode ser tomado como suposta preferência pelo tratado, pois não existem outros elementos para corroborar essa tese. Também não significa que ambos estejam no mesmo grau hierárquico, pois o texto do art. 102, III, b, apenas afirma que ambos estão sujeitos a controle de constitucionalidade, ou seja, num nível abaixo da Constituição. No art. 105, III, b, por seu lado, simplesmente se afirma que é possível Recurso Especial quando a decisão recorrida negar vigência a tratado ou lei, nada referindo-se a hierarquia. Da mesma forma, o art. 4.º, IX, ao estabelecer que a República reger-se-á em suas relações internacionais pelo princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, não estaria colocando o tratado acima da lei, pois a) a similaridade entre *cooperação* e *tratado* é por demais tênue; e b) induz a uma falsa similaridade entre *política externa*, conduzida pelo Executivo, e *processo legislativo*, competência do Legislativo.

A primeira possibilidade seria deduzir a hierarquia do ordenamento interno. Como o Congresso Nacional é o corpo do estado com poder de ditar leis e o tratado é aprovado pelo mesmo corpo e seguindo o mesmo procedimento do utilizado para leis ordinárias, seria lícito supor que ambos estivessem no mesmo nível hierárquico. Como normas de mesmo nível hierárquico revogam-se umas às outras, a resolução de conflito seria pelos mesmos critérios utilizados para o conflito de normas do mesmo escalão, como o *lex posterior derogat priori* e o *lex specialis derogat generali*. Esse raciocínio, contudo, tem um grave problema, pois, como se viu, o decreto legislativo que aprova um tratado não é capaz que criar norma; nada mais é do que a aprovação decorrente do sistema de freios e contrapesos adotado pela Constituição. O fato de fazerem-se aprovar leis e tratados pelo mesmo corpo do estado não é capaz de torná-los iguais, pois lei continua sendo lei e tratado continua sendo tratado, em razão da diversidade de fontes formais. Somente iguais seriam por algum tipo de abstração.

42 Para um desenvolvimento dessa ideia, cf. ECO, Humberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

Como outra forma de tentativa de resolução, pode-se tentar deduzir a solução do ordenamento internacional. Tal solução, como não poderia deixar de ser, colocará os tratados em um lugar acima as leis. Como o DI dispõe de meios próprios para a revogação dos tratados, como a denúncia, por exemplo, não seria possível que fosse revogado por outras formas não previstas no DI. Sendo assim, lei, não importando se anterior ou posterior, não poderia agir de forma a revogar tratado. Tal abordagem é abonada por Garcia Júnior,⁴³ Mazzuoli,⁴⁴ e Magalhães.⁴⁵ Também seguiu essa linha de pensamento o Min. Xavier de Albuquerque, em seu voto, vencido, no RE n.º 80.004-SE.⁴⁶

Essa argumentação, todavia, é bastante mais radical do que parece. Se um tratado está vigente e somente pode ser revogado segundo as normas de DI, valerá inclusive em desfavor da constituição, nos termos do art. 27 da Convenção de Viena. Quem defende essa solução como solução teórica deve estar preparado para todas as conseqüências, pois não seria coerente se fosse válida apenas para leis ordinárias e não para a constituição, que não deixa de ser norma positiva interna exatamente como aquelas. Está claro, também, que essa proposta supõe a existência de um ordenamento em que existe subordinação formal da ordem doméstica à ordem internacional, tal qual o monismo internacionalista, com todos os inconvenientes (de ordem científica) a essa teoria já mencionados.

Se for admitido que a solução proposta não visa a teoria, mas simplesmente a prática, ela deve ser outorgada pelo ordenamento, como já foi visto. Existem, de fato, constituições que adotam essa visão, como a Constituição Espanhola, em seu art. 96, § 1.º, que prevê que as disposições dos tratados internacionais “somente poderão ser derogadas, modificadas ou suspensas na forma prevista nos próprios tratados ou de acordo com as normas gerais de Direito Internacional”⁴⁷ (tradução nossa). Como não existem, entretanto, elementos para corroborar essa idéia, não há como sustentá-la.

43 GARCIA JÚNIOR, op. cit.

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

45 MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 80.004/SE*, Belmiro da Silveira Góes e Sebastião Leão Trindade, relator Xavier de Albuquerque, Brasília, 1.º de junho de 1977a. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 jul. 2014.

47 GUERRA, Luis Lopez. *Constitución española*, 10. ed. Madrid: Tecnos, 1999. p. 81.

Para resolver a questão, Fraga⁴⁸ propõe um raciocínio interessante. Ela afirma que o descumprimento de um tratado é uma decisão política, não um preceito jurídico. Jurídica é a regra, *pacta sunt servanda*, política a exceção, a quebra do compromisso. Em outros termos, o estado *deve* cumprir seus compromissos, mas *pode* descumpri-los, responsabilizando-se pelo ato. Sendo assim, não caberia ao juiz a apreciação dos componentes políticos, que dão a possibilidade de se avaliar a conveniência do descumprimento, mas apenas dos estritamente jurídicos, ou seja, que os compromissos devem ser cumpridos. Segundo esse raciocínio, os tratados devem ter sempre prevalência sobre as leis ordinárias, anteriores ou posteriores.

O raciocínio de Fraga toca numa das questões centrais na relação entre ordem interna e ordem internacional. O contencioso internacional continua sendo de reparação, não de anulação, ou seja, não existe a anulação de atos de soberania interna pelo DI, ainda que se apure a responsabilidade se houver dano. O juiz doméstico, por outro lado, como deve proceder numa situação como essa? Será possível que um juiz possa “anular” tais atos de soberania interna de modo a garantir a “legalidade” do DI? A resposta para tal questão está na jurisdição do juiz. E para estabelecê-la, deve-se retornar à Constituição. A questão é que os juízes somente podem afastar a aplicação da lei quando expressamente autorizados pela Constituição. A única hipótese contemplada por ela, entretanto, é a de contrariedade com seu próprio texto. Isso leva a que se aplique a lei – ainda que ela contrarie o tratado.

Fraga explica de forma pouco convincente como fez para contornar a contradição apontada. Afirma que o *pacta sunt servanda* é princípio implícito na Constituição – o que é bastante discutível – e que isso possibilitaria afastar a aplicação da lei, anterior ou posterior, quando em conflito com o tratado. A superioridade dos tratados decorria, também, segundo ela de princípios universais de direito, o que faz retornar ao problema do monismo.⁴⁹

Parece que, não sendo possível colocar o tratado acima da lei, a paridade entre tratado e lei, com solução de antinomias pelos critérios cronológico e de especialidade, é a melhor solução científica, por assim dizer. A única reparação a ser feita seria a incorporação dos princípios de harmonização, como exposto na seção anterior.

48 FRAGA, Mirtó. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

49 *ibid.* p. 98.

Essa solução não é a mais simpática, pois considerar a hipótese de que pactos possam ser rompidos em função da conveniência não é confortável para alguém que aspira um mundo governado pelo direito. Admitir-se que a lei posterior possa afastar a aplicação de tratado, sujeitando o país à responsabilidade internacional, pode ofender a consciência jurídica ou o senso de justiça dos indivíduos, pois dá a entender que o Judiciário está a abonar uma conduta ilegal. Isso com a agravante de que os tribunais internacionais, com poucas exceções, são fechados a indivíduos. Por outro lado, é uma solução “adulta”, pois cada povo irá responder por seus atos e será respeitado, ou não, por causa disso.

Também é necessário apontar para o fato que a ADSS não garante efetivamente que os tratados sejam mais ou menos bem cumpridos ou executados, da mesma maneira que a declaração de direitos não garante que eles estejam sendo efetivados, nem que ela é um caminho mais rápido para a integração, pois isso é uma decisão muito mais política do que propriamente jurídica. Como se vê, a discussão sobre as políticas relativas à operação interna dos tratados acaba se tornando muito mais rica, por ser mais ampla, do que os seus aspectos jurídicos. Ainda mais no caso do Brasil, onde não há disposição expressa, essa discussão pode ser determinante.

Mesmo assim, se a paridade é a melhor solução a ser adotada em todos os casos, é uma questão a se discutir. Alguém mais perspicaz, por exemplo, já deve ter percebido que a palavra *justiça* não foi mencionada nenhuma vez aqui. O caso concreto pode colocar problemas outros, que também devem ser considerados quando se busca a solução. A ciência do direito, como toda a ciência, é limitada e incapaz de responder a todos os anseios de uma sociedade. Por isso, principalmente nessa questão hierárquica, a aplicação de determinadas fórmulas apriorísticas, aplicadas sem a antecipação de consequências são formas irresponsáveis de interferir no mundo.

O STF já admitiu a primazia dos tratados. As referências documentais diretas são escassas, entretanto. Conforme Rezek, Philadelpho Azevedo,⁵⁰ quando ainda Ministro do STF, em 1945, publicou, comentário acerca da unanimidade do Tribunal quanto à ADSS. Segundo Ariosi, Valladolid⁵¹ chegou a compilar uma lista de precedentes relativos à ADSS. Na Apelação Cível n. 9.587, julgada, por unanimidade, em 1951, afirmou-se que “o tratado revoga as leis que lhe são anteriores; não pode, entretanto, ser

50 Apud REZEK, op. cit., p. 105. Não se encontraram os originais, para certificação.

51 Apud ARIOSI, op. cit., p. 183. A referência não trouxe a lista dos precedentes compilados.

revogado pelas posteriores, se estas não o fizerem expressamente ou se não o denunciarem.”⁵²

Em 1977, ao invés, o julgamento do RE 80.004, por maioria, fixou jurisprudência, para não mais mudar, afirmando a paridade entre tratado e lei. O STF examinava RE contra a decisão do Tribunal de Justiça de Sergipe, que admitiu a ação de cobrança contra avalista de título não registrado na forma prevista no Decreto-Lei n.º 427/69. O processo referia-se a uma particularidade criada pelo Decreto-Lei n.º 427/69, que exigia como requisito de validade – e cuja omissão acarretaria a nulidade de pleno direito – o registro de notas promissórias e letras de câmbio no Ministério da Fazenda, nos casos previstos. Tal exigência não era prevista na Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, convenção da qual o Brasil é parte, promulgada pelo Decreto 2.044, de 1908. O julgamento, contudo, foi bastante controvertido e criticado, pois os votos dos ministros não indicaram de modo algum uma uniformidade de pensamento.⁵³

Em 1997, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1480 – DF, o STF reexaminou várias das matérias relativas à operação interna dos tratados, mais precisamente o procedimento de incorporação dos tratados, a subordinação dos tratados à Constituição, o controle de constitucionalidade dos tratados, a hierarquia entre tratado e lei e, por último, a operação de tratados em face da reserva constitucional de lei complementar. Atualmente, este julgamento é citado nos julgados mais recentes como novo paradigma da posição do tribunal. A ADI, com pedido de liminar, foi proposta com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade da Convenção n.º 158 da OIT. A liminar foi deferida em parte, por maioria, para declarar que a Convenção não possui aplicação direta. Ainda que se tratasse de medida liminar, os votos proferidos foram, em sua maioria, exaustivos. Não chegou, porém, a haver exame do mérito, pois a Convenção n.º 158 foi denunciada antes do julgamento final.⁵⁴ O julgamento estabeleceu que: (a) a vigência interna somente se dá pela publicação do decreto de promulgação; (b) os tratados estão num nível abaixo da Constituição e sujeitos a controle de constitucionalidade, concentrado ou difuso; (c) tratados

⁵² Apud FRAGA, op. cit., p. 102. Julgamento não consta do sítio do STF.

⁵³ BRASIL, 1977a.

⁵⁴ A Convenção foi denunciada pelo Brasil em 20.11.1996, cf. <http://www.ilo.org>, aproximadamente 4 meses depois da propositura da ADI. O julgamento da medida cautelar, em função dos pedidos de vista, somente ocorreu em 04.09.1997. O processo foi extinto em 2001.

e leis estão no mesmo plano de validade; (c) tratados internacionais que versarem sobre matéria de lei complementar não terão aplicação direta.⁵⁵

O principal foco de discussão foi a relativa à lei complementar, onde houve divergência. O fundamento adotado foi o de que a Constituição estabelece quórum especial para as matérias reservadas a lei complementar (art. 69), critério não atendido pelo procedimento do decreto legislativo, de maioria simples. O julgamento não se pronunciou sobre a possibilidade de os tratados que versarem sobre matéria sujeita a lei complementar virem a ser aprovada por decreto legislativo com quórum especial. Nos outros pontos, ainda que nem todos os ministros tenham se pronunciado acerca de cada um especificamente, nenhum também levantou voz contra a jurisprudência do tribunal, o que indica que o posicionamento provavelmente continuará este ainda por um tempo considerável.

Algo interessante de ser notado é o fato de que as linhas de raciocínio nos RE 80.004 e na ADI 1480 mudaram radicalmente. Enquanto, no primeiro, predominou a discussão sobre monismo ou dualismo, na segunda, passou-se completamente ao largo da controvérsia. De fato, ela foi até repelida, conforme a ementa do julgamento:

É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro.⁵⁶

3.2 O CASO DOS TRATADOS EM DIREITOS HUMANOS E TRIBUTOS

Até o momento, apenas tratou-se de tratados em geral, não se fixando em nenhum conteúdo em especial. Existem, entretanto, determinadas matérias que reivindicam, em função de suas especificidades, tratamento diferenciado.

O primeiro é o dos direitos humanos. A questão teve grande mudança com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45 (2004), que acrescentou o § 3.º ao art. 5.º, da Constituição:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois

⁵⁵ BRASIL, 1997.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 213 (dos autos).

turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.⁵⁷

Anteriormente à promulgação, principalmente Piovesan⁵⁸ e Cançado Trindade⁵⁹ defendiam que os tratados internacionais de direitos humanos foram alçados a normas constitucionais, em função da redação do art. 5.º, § 2.º, da Constituição: “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”, que estabelecia *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, como reflexo da proteção constitucional da pessoa. Disso também decorreria a aplicação imediata desses tratados, dispensado o decreto de promulgação para a vigência interna, de acordo com a leitura do § 1.º do art. 5.º. Também é apontado um novo critério de solução de antinomias entre normas de direito internacional de direitos humanos e direito interno: o da prevalência da norma mais favorável à vítima.

A jurisprudência nacional, não só do STF, todavia, não conferia aos tratados de direitos humanos nenhum tratamento diferenciado, ou seja, era admitida a paridade hierárquica, mesmo após a promulgação da Emenda n. 45.⁶⁰

A alteração jurisprudencial no STF ocorreu apenas em 2008, no RE n. 349.703-RS, que estabeleceu um *status* supralegal aos tratados sobre direitos humanos.⁶¹ A causa dizia respeito à prisão por depósito infiel prevista no Decreto-Lei n. 911/69, que regula a alienação fiduciária, mas o acórdão estendeu a medida *obter dictum* a qualquer prisão civil dessa natureza. A prisão por depósito infiel é, em tese, permitida pela Constituição (art. 5.º, LXVII) e estabelecida pela legislação ordinária, além

57 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 jul. 2014.

58 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional intencional*. 4. ed. São Paulo: M. Limonad, 2000.

59 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

60 Precedentes: STF: Ext. 662 (República do Peru); Ext. 795 (Estados Unidos da América); HC 88.420-R; RHC 80.035/SC, HC 76.561/SP, RE 259.506/RS, RE 280.398/GO, RHC 79.785/RJ; STJ: RHC 11.731/SP; TST: RR 403.494, HC 1.582. Admitindo a superioridade dos tratados de direitos humanos: STJ: RESP 263.551/SP; TRT17: RO 4.272.

61 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 349.703/RS*. Banco Itaú S/A e Armando Luiz Segabinazzi, relator Carlos Britto, Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 4 jul. 2014.

de no Decreto-Lei n. 611/69, no Código Civil (art. 1.287 do de 1916 e art. 652 do de 2002), mas vedada pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que estabelece como única exceção ao princípio da vedação da prisão por dívida ao débito de natureza alimentar (art. 7(7)).⁶² A se admitir a paridade hierárquica, o Pacto de San José deveria ter derogado a disposição relativa à prisão do Decreto-Lei n. 911/69, em razão da *lex posterior*, mas o tribunal entendia válida a prisão, por duplo fundamento: o Decreto-lei ser *lex specialis* e a Constituição (*lex superior*) permitir expressamente a modalidade (HC n. 72.131, de 1995, e posteriores).

Não se utilizou como razão de decidir, no RE n. 349.703, a Emenda n. 45. Antes, houve uma releitura do art. 5.º, § 2.º, da Constituição, quase nos moldes propostos por Cançado Trindade e Piovesan. Seguiu-se a tendência internacional.

O STF, no HC n. 97.256/RS, de 2010,⁶³ estabeleceu também questão que surgiu com a inclusão do § 3.º, do art. 5.º, pela Emenda n. 45: o *status* dos tratados de direitos humanos em vigor antes da emenda, que não passaram pelo procedimento especial dos 3/5 em dois turnos. Foi proposto que eles teriam adquirido *status* de emenda constitucional, com fundamento no fenômeno da recepção, pelo qual se revalidam as normas que não são materialmente incompatíveis com a nova Constituição, ou seja, permanecem válidas, mas sob fundamento formal diverso.⁶⁴ Segundo essa ótica, os tratados anteriores teriam sido recepcionados formalmente como emendas constitucionais. O tribunal, entretanto, não interpretou dessa forma.

A questão dizia respeito à possibilidade de conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos no crime de tráfico de drogas, vedada pelo art. 44, da Lei n. 11.343/06. Foram utilizados como razão de decidir a garantia constitucional da individualização da pena (art. 5.º, XLVI, Constituição) e o *status* supralegal, mas não constitucional, da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas que autorizava a aplicação de penas

62 Promulgada pelo Decreto n. 678/92; cf. BRASIL, 1992.

63 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 97.256/RS*, Alexandre Mariano da Silva, relator Ayres Britto, Brasília, 1.º de setembro de 2010. Disponível em: <stf.jus.br>. Acesso em: 5 jul. 2014.

64 KELSEN, 1998a, p. 171-172.

alternativas.⁶⁵ O assunto não foi tanto desenvolvido nesse particular, pois os votos acabaram por discutir em maior profundidade o primeiro dos fundamentos. No HC n. 94.013/SP, por outro lado, houve o estabelecimento de dois regimes separados, o dos tratados segundo o § 2.º, de *status* supralegal, e o dos segundo o § 3.º, de *status* constitucional.⁶⁶ Na decisão, privilegiou-se o princípio democrático, pelo qual apenas uma decisão política seria capaz de operar alterações fundamentais na Constituição.

Com relação ao direito tributário, duas questões existem. A primeira se relaciona à redação do art. 98 do Código Tributário Nacional: “Os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.” Este artigo, então, garantiria a superioridade da autoridade dos tratados em matéria tributária. Não há consenso, entretanto, sobre o sentido e o alcance desse artigo, nem na doutrina, nem na jurisprudência, ainda que raros sejam os casos nos tribunais. A constitucionalidade desse artigo também já foi questionada nos tribunais.⁶⁷

A segunda questão é relativa à competência tributária. Existem tributos cujas competências são dos estados membros e municípios. Argumenta-se que tratados que dispõem sobre tributos estaduais ou municipais seriam inconstitucionais, pois haveria a invasão de competências exclusivas por parte da União, a quem compete manter relações com estados estrangeiro. Não existe consenso acerca desse ponto. A questão também é controvertida e não existe jurisprudência firmada nos tribunais.⁶⁸ Como, entretanto, a União não representa apenas a si

65 BRASIL. *Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991*. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm>. Acesso em 6 jul. 2014.

66 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 94.013/SP*, Ivete Doud Maia, relator Ayres Britto, Brasília, 10 de fevereiro de 2009. Disponível em: <stf.jus.br>. Acesso em: 5 jul. 2014.

67 Pela superioridade da norma convencional: STJ, RESP 209.526/RS. Pela restrição da superioridade a tratados-contratos específicos: STJ, RESP 196.560/RJ. Pela inconstitucionalidade, veja-se o que afirma o então Des. Fed. Teori Albino Zavascki sobre o art. 98: “evitaria o dispositivo de flagrante inconstitucionalidade, pois implicaria consagrar restrições e limitações ao exercício do Poder Legislativo, inclusive do próprio poder constituinte derivado, restrições e limitações estas só cabíveis em texto constitucional, jamais em lei, ainda que complementar à Constituição” (PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição, Código Tributário Nacional e Lei de Execução Fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 589).

68 A jurisprudência do STJ é dividida, mas tende em favor da validade de tratado a reger matéria tributária reservada aos Estados e Municípios: STJ: AGRESP 205.352, AGA 438.449, AGRESP 399.281, AGRESP 147.250. Contrário a essa possibilidade: RESP 90.871.

própria no exterior, mas a República Federativa do Brasil, que inclui estados membros e municípios, não haveria inconstitucionalidade na celebração de tratados que dispusessem sobre tributos estaduais ou municipais. Tais tratados poderiam ser entendidos da mesma forma como as leis nacionais, criadas pelo Congresso Nacional, órgão da União, mas válidas para as três esferas políticas, em oposição às leis federais, válidas apenas no âmbito da União.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade internacional funda-se na igualdade soberana dos estados. Isso não significa, contudo, que estes possam agir de forma totalmente livre ou sem freios. Os estados organizam-se de forma a constrangerem-se uns aos outros não só pela força, mas também por meio de obrigações livremente assumidas, os tratados, ou por meio do costume. A existência de um direito internacional, todavia, não poderia ser explicado somente com base nas sanções impostas pela comunidade internacional, mas também pela materialização de objetivos compartilhados. Com o desenvolvimento das organizações internacionais e dos grandes tratados multilaterais, a sociedade internacional vem presenciando uma crescente institucionalização e um incremento na limitação do campo de ação de seus membros. Dito de outra forma, os estados olham-se muito mais de perto hoje do que antigamente.

As teorias que buscam descrever as relações entre direito internacional e direito interno, monismo e dualismo, principalmente, encontram várias críticas e não permitem estabelecer definitivamente a discussão. As teorias atuais adotam abordagem sistêmica, com foco nos mecanismos de harmonização. Ainda, todavia, que se argumente que a teoria pouco interfere nos negócios dos estados, a inexistência de uma formulação teórica adequada é responsável por soluções práticas pouco adequadas. Nesse aspecto, sim, seria necessário um estabelecimento definitivo da teoria, algo, entretanto, que perdeu muito de seu prestígio com o passar do tempo.

O direito internacional permite aos países a organização interna que lhes seja mais adequada, inclusive no que se refere à operação interna dos tratados, desde que isso não prejudique a boa-fé na sua execução. Sendo assim, a solução para os problemas da operação interna dos tratados será encontrada nas constituições dos países, não nas formulações teóricas. A boa-fé, como é um conceito fluido,

deve ser cuidadosamente avaliada pelos estados no momento em que estes constituem seus procedimentos internos. De qualquer forma, a exigência da boa-fé faz com que o direito internacional reivindique alguma autoridade aos compromissos internacionais.

As constituições devem estabelecer várias questões envolvendo tratados, tanto relativas à competência para praticar determinados atos quanto à operação interna dos tratados. Desta, destacam-se a aplicação direta, a invocabilidade, a vigência interna e a hierarquia. Sendo assuntos constitucionais, logicamente, envolvem questões políticas que devem ser criteriosamente avaliadas antes de serem adotadas. No Brasil, como a Constituição deixa em aberto boa parte de tais assuntos, há amplo espaço para o debate, também influenciado por questões políticas. A doutrina brasileira se inclina pela aplicação direta com *status* superior dos tratados, o que indica maior confiança nas instituições internacionais do que nas domésticas.

Não existem dispositivos capazes de indicar com precisão a hierarquia entre tratado e lei ordinária. A doutrina é dividida nesse particular, com prevalência pela primazia da norma convencional. Os autores que defendem essa posição o fazem com ênfase na obrigação de que um estado tem em manter seus compromissos internacionais. A paridade entre tratado e lei que ocupariam, então, o mesmo plano hierárquico, todavia, parece ser a posição mais equilibrada. Isso porque a jurisdição dos juízes é limitada pela Constituição que somente permite que uma lei não seja aplicada em caso de conflito com a própria Constituição. Dessa forma, obrigatória a lei e obrigatório o tratado, em caso de conflito, será dada prevalência ao mais recente ou ao de maior especialidade. A jurisprudência do STF e dos tribunais superiores corrobora tal entendimento, ainda que por razões diversas. Os julgamentos paradigmáticos são os do RE 80.004 e da ADI 1480.

Ainda que as conclusões acima sejam defensáveis, porém não são suficientes para formar uma teoria completa, pois carecem de sofisticação. Não são previstos, sendo assim, uma multiplicidade de fatores necessários a uma abordagem mais completa, como a justiça ou especificidades relativas a matérias em particular. Tal deficiência é observável também na doutrina. Sendo assim, tais conclusões podem ser utilizadas para constituir um início de análise, cabendo ao caso concreto determinar a melhor solução. A utilização dessas conclusões como solução apriorística para todos os casos seria, assim, temerária.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *Manual de direito internacional público*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOSON, Gerson de Britto Mello. *Constitucionalização do direito internacional: internacionalização do direito constitucional, direito constitucional brasileiro: os caminhos da paz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 jul. 2014.

_____. *Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991*. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm>. Acesso em: 6 jul. 2014.

_____. *Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 6 jul. 2014.

_____. *Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 30 jun. 2014.

_____. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 2 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 71.154/PR*, Odilon Mello de Freitas e Aníbal Goulart Maia, relator Oswaldo Trigueiro, Brasília, 4 de agosto de 1971. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 jun. 2013.

_____. *Recurso Extraordinário n. 80.004/SE*, Belmiro da Silveira Góes e Sebastião Leão Trindade, relator Xavier de Albuquerque, Brasília, 1.º de junho de 1977a. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 jul. 2014.

_____. *Representação n. 803*, Procurador-Geral da República e Congresso Nacional, relator Djaci Falcão, Brasília, 15 de setembro de 1977b. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 jul. 2014.

_____. *Medida Liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480-3/DF*, Confederação Nacional do transporte – CNT, Confederação Nacional da Indústria – CNI, Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Celso de Mello, Brasília, 4 de setembro de 1997. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 jun. 2013.

_____. *Agravo Regimental em Carta Rogatória n. 8.279-4 (República Argentina)*, Coagulantes Argentinos S.A. e Daniela Rocha Bessone Corrêa e outros, relator Celso de Mello, Brasília, 17 de junho de 1998. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 jun. 2013.

_____. *Recurso Extraordinário n. 349.703/RS*. Banco Itaú S/A e Armando Luiz Segabinazzi, relator Carlos Britto, Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 4 jul. 2014.

_____. *Habeas Corpus n. 94.013/SP*, Ivete Doud Maia, relator Ayres Britto, Brasília, 10 de fevereiro de 2009. Disponível em: <stf.jus.br>. Acesso em: 5 jul. 2014.

_____. *Habeas Corpus n. 97.256/RS*, Alexandre Mariano da Silva, relator Ayres Britto, Brasília, 1.º de setembro de 2010. Disponível em: <stf.jus.br>. Acesso em: 5 jul. 2014.

DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ECO, Humberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes: 2001.

FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Reforma constitucional e o problema da superioridade hierárquica dos tratados frente leis internas. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, São Paulo, v. 7., n. 27, abr./jun. 1999.

GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. *Conflito entre normas do Mercosul e direito interno: como resolver o caso brasileiro?* São Paulo: LTr, 1997.

GUERRA, Luis Lopez. *Constitución española*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

JACKSON, John H. Status of treaties in domestic legal systems: a policy analysis. *American Journal of International Law*. Washington, 1992, v. 86, n. 2.

HART, Herbert L. *A. O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.

_____. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.

LITRENTO, Oliveiros L. *Manual de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Forense, [1968?].

MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

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

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

O'CONNELL, D. P. *International law*. London: Stevens & Sons, 1965.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Comissão de Direito Internacional*. Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Geneva, 2006. Documento A/CN.4/L.682. Estudo analítico do Grupo de Trabalho (finalizado por Martti Koskeniemi). Disponível em: <<http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/fil/fil.html>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição, Código Tributário Nacional e Lei de Execução Fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: M. Limonad, 2000.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

VALLEJO, Manuel Diez de Velasco. *Instituciones de derecho internacional público*. 12. ed. Madrid: Tecnos, 1999.