
RECEPÇÃO E HIERARQUIA DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*RECEPTION AND HIERARCHY OF INTERNATIONAL CONVENTIONS
IN BRAZILIAN LAW*

*Vinícius de Azevedo Fonseca
Advogado da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 As proposições teóricas: Monismo e Dualismo; 1.1 Monismo; 1.1.1 Monismo de direito interno; 1.1.2 Monismo de direito internacional; 1.2 Dualismo; 1.3 Breves conclusões; 2 A Recepção das Convenções Internacionais no Brasil; 3 A Hierarquia das Convenções Internacionais no Brasil; 3.1 A matéria na Constituição Federal; 3.2 A jurisprudência; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: Com a finalidade de auxiliar na execução das atribuições dos advogados da União lotados no Departamento Internacional da Procuradoria-Geral da União, este trabalho apresenta um estudo sobre a recepção e a hierarquia das convenções internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, realiza prévia e breve dissertação sobre as concepções teóricas ligadas ao assunto (monismo e dualismo). Após, detalha o procedimento de internalização dos tratados na ordem jurídica nacional. E, por fim, adentra ao tema da hierarquia dos tratados ante a legislação doméstica, aferindo o tratamento dispensado à questão pela Constituição Federal e pela jurisprudência. Os assuntos são tratados de forma crítica, no intuito de incentivar a busca por soluções para a problemática dos conflitos entre normas internas e internacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional. Tratados Internacionais. Internalização. Hierarquia Normativa.

ABSTRACT: With the purpose of assisting the execution of the duties by the State Attorneys placed in the International Department of the Office of the Solicitor General of the Union, this work presents a study of the reception and the hierarchy of international conventions in the Brazilian legal system. To such end, performs prior and brief dissertation on the theoretical concepts related to the subject (monism and dualism). After, details the procedure of the internalization of treaties in national legal order. And finally, the essay enters the subject of the hierarchy of treaties before domestic legislation, assessing the treatment of the issue by the Constitution and by the Courts. The subjects are treated critically, in order to encourage the search for solutions to the problem of conflicts between domestic and international law.

KEYWORDS: International Law. International Treaties. Internalization. Normative Hierarchy.

INTRODUÇÃO

De acordo com o art. 8º do Ato Regimental nº 5/2002 (redação alterada pelo Ato Regimental nº 1, de 1º de abril de 2005), compete ao Departamento Internacional (DPI) da Procuradoria-Geral da União (PGU), auxiliar o Procurador-Geral no assessoramento ao Advogado-Geral da União nas questões de Direito Internacional, inclusive no processo de celebração de tratados, acordos e ajustes internacionais, bem assim na representação judicial e extrajudicial da União nas causas ou controvérsias em foro estrangeiro e em processos judiciais perante os órgãos judiciários brasileiros, decorrentes de tratados, acordos ou ajustes internacionais ou em execução dos pedidos de cooperação judiciária internacional.

De outra parte, o art. 27 do Anexo I do Decreto nº 7392/2010 dispõe que são competências do DPI:

I - planejar, coordenar e supervisionar as atividades relativas à representação e defesa judicial da União nas matérias de direito internacional; II - assistir judicialmente a União em demandas relacionadas a Direito Internacional e nas execuções de pedidos de cooperação judiciária internacional; e III - representação judicial e extrajudicial da União, observada a competência específica de outros órgãos, em processos judiciais perante os órgãos judiciários brasileiros, decorrentes de tratados, acordos ou ajustes internacionais ou em execução dos pedidos de cooperação judiciária internacional.

Dessarte, vislumbra-se que as convenções internacionais têm papel primordial na execução de todas as competências do Departamento Internacional, desde o assessoramento na celebração de tratados, até a representação da União em foros estrangeiros, passando pela execução de pedidos de cooperação judiciária.

Assim, para o desempenho das competências previstas, revela-se fundamental o entendimento, pelo advogado da União lotado no DPI, de como se dá o relacionamento das convenções internacionais com a legislação doméstica.

Em específico, o procurador público deve ser conhecedor do procedimento de incorporação das convenções internacionais ao ordenamento jurídico nacional, bem como, da posição hierárquica que as convenções internacionais incorporadas ostentam frente à legislação interna.

Com efeito, não raras vezes, o advogado da União lotado no DPI se deparará com uma determinada legislação interna e um tratado internacional versando sobre a mesma matéria, apresentando, porém,

soluções ou caminhos distintos e incompatíveis. Nesses casos, surgirá o questionamento: qual deve prevalecer, a norma internacional ou a interna?

Neste sentido, Francisco Rezek alerta para o fato de que “[...] o primado do direito das gentes sobre o direito nacional do Estado soberano é, ainda hoje, uma proposição doutrinária”¹.

A realidade mostra que a descentralização da sociedade internacional propicia a cada Estado a faculdade de determinar as regras de composição entre o Direito das Gentes e as suas próprias normas jurídicas².

Desta forma, as convenções internacionais, fontes de Direito Internacional sobre as quais este trabalho terá enfoque³, gozam de diverso relevo hierárquico nos diferentes ordenamentos jurídicos estatais.

Esta é, pois, a problemática a ser desenvolvida no presente trabalho, avaliar o posicionamento hierárquico das convenções internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, tomando também em conta o procedimento de sua recepção pela ordem jurídica interna, tudo com a finalidade de facilitar a execução das competências do Departamento Internacional da Procuradoria-Geral da União, pelo advogado da União lotado nesse órgão.

Antes de expor a estrutura e a sistematização do trabalho, cumpre referir que os termos *tratados, convenções e acordos internacionais* serão empregados, no decorrer deste, como sinônimos.

Isso esclarecido, passa-se à estruturação do trabalho.

Para atingir os fins pretendidos, far-se-á necessário, antes de tudo, tomar em conta, ainda que de forma resumida, as proposições doutrinárias sobre as relações entre o Direito Internacional e o nacional, que se dividem, em seus extremos, nas teses dualista e monista.

Feita esta abordagem doutrinária, se seguirá a análise do procedimento de recepção das convenções pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, será o momento de abordar a hierarquização dos tratados internacionais no escalonamento da ordem jurídica nacional, verificando as previsões constitucionais e a posição da jurisprudência sobre o tema.

1 REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*: curso elementar, São Paulo, p.102.

2 *Ibidem*, p. 103.

3 Atente-se para as demais fontes de direito internacional, listadas no art. 38º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, às quais se somam os atos jurídicos unilaterais dos Estados e o direito das organizações internacionais (FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco. *Direito Internacional Público*, Coimbra, p. 93 ss).

1 AS PROPOSIÇÕES TEÓRICAS: MONISMO E DUALISMO

Surgidas no início do século passado⁴ e merecedoras de grande destaque nos debates sobre as relações entre os sistemas jurídicos internacional e internos em um passado recente, as proposições teóricas (monismo e dualismo) têm cedido espaço aos efeitos práticos desse inter-relacionamento.

Os autores modernos na área do Direito Internacional Público têm resumido o papel do debate puramente teórico a uma mera introdução aos casos práticos da vida internacional, o que de resto é o mesmo que ocorre no presente trabalho.

Uma tomada de posição firme a favor de uma ou outra corrente já não se mostra produtora, tendo em vista que as práticas dos Estados acabaram por misturar as características das duas teses, criando variações das teorias originais (monismo e dualismo moderados).

A improdutividade do duelo monismo *versus* dualismo por si só é assente na doutrina contemporânea. Francisco Ferreira de Almeida, por exemplo, classifica a questão como “[...] tão intrincada quanto estéril”⁵. Por sua vez, Ian Brownlie é categórico ao afirmar que: “[...] on the whole question of the relation between municipal and international law theoretical constructions have probably done much to obscure realities”⁶.

Entretanto, embora as proposições teóricas tenham perdido espaço e mesmo sofrido críticas, a verdade é que a sua compreensão não pode ser considerada desnecessária.

A teoria que sustenta a completa independência entre o Direito Internacional e as legislações internas (dualismo) e a sua opositora, que prega a existência de uma unidade no mundo jurídico (monismo), ainda têm a sua relevância e serão brevemente colocadas a seguir.

1.1 MONISMO

Em linhas gerais, os monistas defendem a existência de uma teoria total do direito, fundada em um princípio fundamental que propicie a unificação do Direito Internacional e do direito interno⁷.

Ou seja, para o monismo, os sistemas jurídicos internacional e nacionais são na verdade um só, dentro do qual não pode haver conflito

4 REIS, Márcio Monteiro. *Mercosul, União Européia e Mercosul: a integração dos estados e os ordenamentos jurídicos nacionais*, Rio de Janeiro, p. 83.

5 FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit., p.57.

6 BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford, p. 55.

7 MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*, Coimbra, p.137.

de normas. As possíveis incompatibilidades existentes dentro deste sistema único seriam então resolvidas através de “[...] meta-regras identificadoras das normas superiores do sistema jurídico”⁸.

No entanto, esta concepção pode ser vista por uma dupla perspectiva, consoante se dê preponderância ao direito interno ou ao Direito Internacional.

1.1.1 MONISMO DE DIREITO INTERNO

O monismo de direito interno assenta em uma perspectiva fortemente voluntarista e positivista, segundo a qual o direito interno deve sempre prevalecer, visto tratar-se da única ordem jurídica existente.

Para os defensores desta corrente, dentre os quais se destacam Zorn, Wenzel e Jellinek⁹, o Direito Internacional seria mero produto da autolimitação dos Estados, aparecendo, pois, como um *direito estadual externo*¹⁰, do qual sequer derivaria responsabilidade internacional para o Estado.

Salta aos olhos, portanto, o descabimento de tal tese, uma vez que aceitá-la seria o mesmo que negar a existência do Direito Internacional como disciplina autônoma da ciência jurídica, o que não se pode admitir.

Da mesma forma, os sustentadores desta doutrina parecem ter olvidado da existência de normas internacionais que vigoram nas ordens internas independentemente da vontade do Estado, como é o caso do Direito Internacional geral ou comum¹¹.

Por último, um matiz prático descarta por completo a validade do monismo de direito interno hodiernamente, eis que, como bem salienta Francisco Rezek: “[...] não se coloca em dúvida, em parte alguma, a prevalência dos tratados sobre leis internas anteriores à sua promulgação”¹². Ou seja, na prática, está de plano descartada a hipótese de o direito interno sempre se sobrepor ao Direito Internacional.

1.1.2 MONISMO DE DIREITO INTERNACIONAL

O monismo de Direito Internacional, em suma, prevê a homogeneidade do sistema jurídico, porém, com o primado do Direito Internacional sobre o interno.

8 MACHADO, op. cit., p. 138.

9 FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit., p. 61.

10 Para esta expressão: Ferreira de Almeida e Jónatas Machado.

11 Sobre o direito internacional geral ou comum: ALMEIDA, op. cit., p. 50, 51 e 70.

12 REZEK, op. cit., p. 104.

Para os defensores desta tese, a verdadeira soberania reside no Direito Internacional, do qual deriva a construção do Estado, das soberanias estaduais e das suas legislações internas.

Hans Kelsen, um dos maiores expoentes desta corrente, procurou sustentá-la sob o argumento de que tanto o Direito Internacional como o direito interno receberiam sua validade de uma norma fundamental comum, que o jurista austríaco, de início, definiu como sendo o princípio *pacta sunt servanda*, para em um segundo momento centrar na assertiva de que os Estados deveriam comportar-se como habitualmente¹³.

Kelsen foi representante da vertente mais extremista desta teoria, a qual afirmava que o conflito de quaisquer normas internas com o Direito das Gentes acarretaria a nulidade daquelas.

A esse respeito, Ferreira de Almeida bem observa que tal só seria possível se a comunidade internacional estivesse estruturada como um tipo de Estado federal, o que não é o caso¹⁴.

Ainda na linha crítica ao monismo de Direito Internacional, Ian Brownlie alerta que esta corrente doutrinária afronta os corolários da existência de Estados soberanos, reduzindo a legislação interna ao *status* de *pensioner* das normas internacionais e o Estado a um ente abstrato¹⁵.

Cabe ainda referir a existência de uma corrente de monismo de Direito Internacional de pensamento mais moderado, representada, entre outros, por Verdross, para quem a ordem internacional delimitaria o campo de atuação do legislador interno, que, no entanto, ainda disporia de certa margem de manobra para a criação das leis estaduais¹⁶.

Merece destaque a avaliação do Doutor Francisco Ferreira de Almeida em relação a esta doutrina. O professor de Coimbra assinala que dois fatores apontam para a aceitação da versão moderada do monismo de Direito Internacional.

Em primeiro lugar, o aumento constante do número de normas internacionais que vigoram no plano interno sem a necessidade do consentimento do Estado (*v.g.* Direito Internacional geral ou comum). E, em seguida, a redução do leque de matérias que se enquadram no domínio legislativo reservado do Estado¹⁷.

13 MACHADO, op. cit., p. 139 e 140.

14 FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit. p. 62.

15 BROWNLIE, op. cit. p. 32.

16 FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit., p. 62.

17 *Ibidem*, p. 63- 64.

1.2 DUALISMO

Em oposição à teoria monista, o dualismo pressupõe uma absoluta distinção entre a ordem jurídica nacional e a internacional.

Isto porque o ordenamento jurídico internacional se prestaria a mediar relações entre Estados, enquanto os ordenamentos nacionais regulariam as relações entre os indivíduos, bem como entre estes e o Estado¹⁸. Desta forma, segundo um entendimento dualista, apenas os Estados seriam sujeitos de Direito Internacional, mas nunca os indivíduos.

Deste raciocínio também emerge uma distinção quanto à natureza jurídica de ambos os ordenamentos. Enquanto as ordens jurídicas internas se baseariam em um modelo de subordinação entre Estado e pessoa, o Direito Internacional visaria apenas a coordenação das relações interestaduais¹⁹.

Outro argumento utilizado pelos dualistas em favor da sua tese é o fato de que o Direito Internacional dependeria da vontade comum de vários Estados, enquanto as normas internas derivariam da vontade unilateral de um único Estado²⁰.

Como consequência da total separação entre os ordenamentos jurídicos, as normas internacionais somente teriam validade na esfera estadual após serem transformadas, por via legislativa ou através de outro ato jurídico, em direito interno²¹.

Nesta senda, vale a observação de Ian Brownlie, segundo quem, o Estado, ao aplicar uma norma de Direito Internacional em determinado caso, estaria na verdade apenas exercendo seu poder de legislação interno, através da transformação do Direito Internacional em doméstico²².

Outra consequência da concepção dualista é que, pelo fato de os ordenamentos serem estranhos um ao outro, não haveria possibilidade de conflitos entre normas internacionais e nacionais.

Esta perspectiva foi bem representada por H. Triepel, principal expoente da teoria dualista, ao formular uma imagem de duas circunferências (representando os ordenamentos internacional e interno) muito próximas, mas sem nenhum ponto de intersecção²³.

18 BROWNLIE, op. cit., p. 32.

19 FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit., p. 59.

20 ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 64.

21 MACHADO, op. cit., p. 141.

22 BROWNLIE, op. cit., p. 32.

23 REIS, op. cit., p. 84.

Da mesma forma que a teoria monista, o dualismo colheu diversas críticas entre os jusinternacionalistas.

Duas delas encontram-se na base da tese. De um lado na concepção de que a formação de normas internacionais pressuporia vontade coletiva dos Estados, e de outro na indicação destes como os únicos sujeitos de Direito Internacional.

Vê-se logo que a tese dualista remete a uma ideia de soberania estadual absoluta, o que já não se concebe²⁴. Tal constatação é reflexo do fato de a teoria dualista ter encontrado seu auge durante o apogeu do nacionalismo imperial das potências europeias²⁵.

De outra parte, e como seguimento desse raciocínio, está claro que as premissas dualistas adequam-se ao modelo de Vestefália dos Estados soberanos, momento historicamente já ultrapassado²⁶.

Igualmente, aspectos de cunho prático parecem também não recomendar a tese. Em primeiro lugar, ao apregoar que toda norma internacional deve ser transformada para valer no ordenamento jurídico interno, os dualistas ignoram a aplicabilidade direta do Direito Internacional geral ou comum na ordem interna.

Em segundo lugar, e aqui um problema grave, é totalmente insustentável o argumento de que não há conflito entre o Direito Internacional e as legislações estaduais.

1.3 BREVES CONCLUSÕES

Ao final, é possível concluir que a exaltação, a nível global, dos direitos humanos, da democracia, do respeito ao meio ambiente, etc., apontam para uma perspectiva muito mais monista do ordenamento jurídico mundial.²⁷ No entanto, daí a afirmar que a ordem jurídica internacional é uma só parece um passo demasiadamente largo e precoce.

Da mesma forma, os métodos de incorporação das convenções internacionais nos ordenamentos jurídicos nacionais de alguns Estados, que por vezes incluem procedimentos complexos, acabam por trazer à tona nuances da doutrina dualista.

De toda maneira, como referido anteriormente, a tomada de posição ao lado de uma ou outra teoria não mostra qualquer valor. Os sistemas dos diferentes Estados, por vezes, mesclam características

24 FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit., p. 59.

25 MACHADO, op. cit., p. 142.

26 Sobre a evolução histórica do Direito Internacional: FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit., p. 29 ss.

27 MACHADO, op. cit., p.142.

dualistas (*v.g.* na incorporação dos tratados) e monistas (*v.g.* na hierarquia das convenções), dando forma às modalidades moderadas das duas vertentes teóricas.

Desta forma, atualmente, o objetivo maior a ser alcançado, não é a procura de uma harmonia formal entre os ordenamentos jurídicos, através de criações teóricas, mas sim a viabilização da coexistência e da correlação entre estes²⁸.

2 A RECEPÇÃO DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS NO BRASIL

As convenções internacionais celebradas pelo Brasil necessitam ser recepcionadas pelo ordenamento jurídico nacional para que surtam efeitos internamente. Assim, a simples assinatura e até mesmo, como será visto adiante, a ratificação de um tratado internacional pelo Estado brasileiro não acarretam a vigência automática desta norma internacional na ordem interna.

Resultado da divisão das competências entre os Poderes Executivo e Legislativo, o Brasil adota, para a recepção de tratados internacionais, um *iter procedimental* complexo que pode ser desta forma sintetizado: negociação, assinatura, aprovação, ratificação, promulgação e publicação.

A competência exclusiva para a celebração de tratados no Brasil é do Presidente da República, conforme dispõe o art. 84, VIII da Constituição Federal de 1988²⁹, doravante CF³⁰.

Conforme se denota da própria disposição constitucional supracitada, o tratado internacional celebrado pelo Poder Executivo está sujeito à aprovação do Congresso Nacional, a quem, nos termos do art. 49, I da CF³¹, cabe resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Através da aprovação da convenção internacional, o Congresso Nacional manifesta seu assentimento para a conclusão do ato, assim como demonstra concordar com a matéria nele contida³².

28 BROWNLIE, opus citatum, p. 50.

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

30 O Decreto nº 99.578/90 atribui ao Itamaraty (Ministério das Relações Exteriores) negociar e celebrar tratados, acordos e demais atos internacionais, atuando como órgão auxiliar da Presidência da República.

31 Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

32 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, p. 56.

A aprovação de um tratado pelo Congresso Nacional se dá através de decreto legislativo, que é a espécie normativa destinada a veicular as matérias de competência exclusiva do Congresso.

Os decretos legislativos são debatidos e votados nas duas casas do Parlamento (Câmara dos Deputados e Senado Federal), não havendo necessidade, porém, da sanção presidencial, sendo os mesmos promulgados pelo Presidente do Congresso Nacional, no caso, o Presidente do Senado³³.

De notar-se que, embora o decreto legislativo tenha processo quase idêntico ao das leis ordinárias, diferindo apenas quanto à promulgação pelo Presidente do Congresso e por não comportar emendas, não pode ser a elas equiparado e, portanto, o decreto legislativo não tem o condão de transformar o acordo assinado pelo Executivo em norma de observação obrigatória, quer interna, quer internacionalmente³⁴.

Isto significa que, embora a Constituição brasileira preveja que cabe ao Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais”, ao legislativo brasileiro cumpre apenas aprovar ou não as convenções internacionais assinadas pelo Poder Executivo.

Daí decorre que a última palavra quanto à conclusão ou não do tratado é do Poder Executivo. É o Presidente da República, discricionariamente, quem decide se conclui o acordo internacional, através da ratificação, ou se deixa de fazê-lo.

Sob este aspecto, a manifestação do Congresso Nacional só é definitiva se concluir pela não aprovação do tratado, quando o Presidente ficará impossibilitado de proceder à ratificação em âmbito internacional³⁵.

Mas admitindo uma hipótese em que o Congresso Nacional tenha aprovado o texto de determinada convenção internacional, esta decisão é exprimida através de decreto legislativo, promulgado pelo Presidente do Congresso e devidamente publicado.

Ato seguinte, é o Poder Executivo quem conclui o tratado, através do depósito do instrumento de ratificação, ou da troca deste com a contraparte estrangeira. A partir daí, ou de quando o próprio tratado o preveja, o Brasil estará internacionalmente obrigado a cumprir o acordo internacional.

Mas para ter vigência na esfera nacional, o tratado deve ainda ser promulgado pelo Poder Executivo, através de decreto presidencial, cuja publicação no Diário Oficial da União leva em apenso o texto da convenção

33 MORAES, op. cit., p. 625 e 626.

34 FRAGA, op. cit., p. 56.

35 *Ibidem*, p. 57.

internacional. É da publicação do decreto, portanto, que surge a obrigação interna de obediência pelos particulares e de aplicação pelo Poder Judiciário³⁶.

A obrigatoriedade da promulgação do decreto presidencial e da sua publicação para vigência na ordem interna foram expressas em recente julgado do Supremo Tribunal Federal brasileiro, em decisão de carta rogatória proveniente da Argentina, cujo acórdão foi assim ementado:

MERCOSUL. Protocolo de Medidas Cautelares (Ouro Preto/MG). Ato de direito internacional público. *Convenção ainda não incorporada ao direito interno brasileiro*. Procedimento constitucional de incorporação dos atos internacionais que ainda não se concluiu. *O Protocolo de Medidas Cautelares adotado pelo Conselho do Mercado Comum (MERCOSUL)*, por ocasião de sua VII Reunião, realizada em Ouro Preto/MG, em dezembro de 1994, *embora aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 19s/95), não se acha formalmente incorporado ao sistema de direito positivo interno vigente no Brasil, pois, a despeito de já ratificado (instrumento de ratificação depositado em 18/3/97), ainda não foi promulgado, mediante decreto, pelo Presidente da República*. Considerações doutrinárias e jurisprudenciais em torno da questão da executoriedade das convenções ou tratados internacionais no âmbito do direito interno brasileiro. Precedentes: RTJ 58/70, Rel. Min. OSWALDO TRIGUEIRO – ADI nº 1.480-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO.”³⁷ (grifos nossos)

Vê-se, portanto, que naquele caso a convenção já fora aprovada pelo Congresso Nacional e mesmo ratificada pelo Brasil no plano internacional, no entanto, o Supremo Tribunal Federal negou-lhe eficácia interna pela falta de publicação.

A necessidade de promulgação dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro não encontra sustentação na Constituição Federal ou em qualquer outra fonte normativa. Mirtô Fraga, em seu estudo sobre o conflito dos tratados com as normas internas brasileiras, é categórica ao afirmar que “[...] expressa e taxativamente, não houve, e não há, nenhum dispositivo constitucional determinando esse procedimento”³⁸.

Neste sentido, embora grande parte da doutrina brasileira aponte para o processo de promulgação dos tratados como um costume que

36 FRAGA, op. cit., p. 64.

37 Carta Rogatória nº 8.279 de 17 de Junho de 1998 (www.stf.jus.br).

38 A autora refere ainda que a primeira promulgação desse tipo que se tem notícia no Brasil data de 10/04/1826, referente à promulgação do Tratado de Paz e Amizade celebrado entre Brasil e Portugal, instrumento pelo qual este país reconheceu a independência daquele. (FRAGA, opus citatum, p. 60)

remonta à época imperial³⁹, a autora antes citada discorda, argumentando que os tratados internacionais caberiam no vocábulo *lei* quando entendido em seu sentido amplo como fonte positiva de direito⁴⁰.

Desta forma, os tratados fariam parte do que se entende como *lei* no art. 84, IV, da CF⁴¹, que prevê como competência exclusiva do Presidente da República promulgar e fazer publicar as leis.

É mister salientar que ao final do processo de conclusão e recepção dos tratados, antes expandido, estes vigoram na ordem interna brasileira como Direito Internacional e não como norma de direito interno.

Isto porque nem o decreto presidencial que promulga o tratado, menos ainda o decreto legislativo de aprovação do Congresso Nacional, transformam a convenção em norma interna.

Desta forma, parece correto concluir que o Brasil adota, para a internalização dos tratados internacionais, um sistema que pode ser classificado como dualismo moderado, eis que embora não exija edição de lei distinta para a sua incorporação, possui *iter procedimental* complexo, com atuação dos Poderes Executivo e Legislativo⁴².

Ao final, cabe referir que o Brasil não contempla, em sua Constituição, a recepção automática do Direito Internacional geral ou comum.

Novamente, Mirtô Fraga põe luz sobre à questão, ao esclarecer que nenhuma das Cartas Constitucionais brasileiras jamais sequer mencionou o respeito obrigatório às normas universais de Direito Internacional, o que, no entanto, não significa que o Brasil se isente de cumpri-las⁴³.

3 A HIERARQUIA DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS NO BRASIL

3.1 A MATÉRIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O disciplinamento constitucional das relações entre o Direito Internacional e o direito interno brasileiro pouco ou nada evoluiu durante a breve, porém, conturbada, história constitucional do país. Mantém-se, pois, situação praticamente idêntica à da primeira Constituição republicana de 1891⁴⁴.

39 ARAÚJO, Nádia de. A Internalização dos Tratados Internacionais no Direito Brasileiro e o Caso TRIPS. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, p. 6; REIS, opus citatum, p. 94.

40 FRAGA, op. cit., p. 62.

41 Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

42 ACCIOLY, op. cit., p. 66.

43 FRAGA, op. cit., p. 49.

44 *Ibidem*, p. 47.

Consequência desta não evolução, a Constituição Federal vigente no Brasil não possui normas claras sobre o relacionamento e a hierarquia das convenções internacionais em relação às fontes de direito interno.

Neste sentido, o art. 59 da Carta brasileira⁴⁵, que elenca as normas elaboradas pelo processo legislativo, sequer menciona as convenções internacionais.

De outra parte, o art. 5º, §2º, da CF⁴⁶ confere aos tratados caráter complementar aos direitos e garantias elencados na Constituição, enquanto o art. 109, III e V da, CF⁴⁷ dispõe que as causas fundadas em convenções internacionais são de competência jurisdicional interna da Justiça Federal brasileira.

Mas é nas disposições dos arts. 102, III, “b” e 105, III, “a”, da CF que boa parte da doutrina e, como será visto a seguir, a jurisprudência brasileira, encontram argumento favorável à equiparação dos tratados à lei federal⁴⁸. Para que se possa fazer uma breve análise das referidas disposições, cabe transcrevê-las:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

[...]

b) *declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;*

45 Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

46 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

47 Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...] III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional; [...] V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

48 REIS, op. cit., p. 92.

[...]

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) *contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;*(grifo nosso)

Os mandamentos constitucionais referem-se, portanto, às competências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para julgar, em sede de recurso extraordinário ou especial, respectivamente, declarações de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou a negativa de sua vigência.

O posicionamento de ambos, tratado e lei federal, nas mesmas alíneas, separados por *ou*, permitiria a conclusão de que ambas as fontes normativas encontram-se equiparadas, não havendo, pois, prevalência de uma sobre a outra.

Tal argumento, por si só, revela-se insuficiente para sustentar a tese da equiparação entre lei ordinária e convenção internacional.

Entretanto, a favor dos defensores desta corrente de pensamento milita ainda outro argumento, o de que, quando quis dar aos tratados valor supralegal, o legislador brasileiro o fez expressamente⁴⁹, como, por exemplo, no caso do art. 98 do Código Tributário Nacional (CTN), que dispõe: “Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

Sob esta perspectiva, é válido referir que o CTN (lei nº 5.172/66) vigora no Brasil com *status* de lei complementar, diferente, portanto, das leis federais ordinárias a que são equiparados os tratados⁵⁰.

Mas se a Lei Maior brasileira pouco ou nada esclareceu acerca da posição hierárquica dos tratados em relação à legislação interna, o mesmo não pode se dizer no que tange à relação das convenções internacionais com a própria Constituição.

49 FRAGA, op. cit., p. 80.

50 ARAÚJO, op. cit., p. 10.

Ao mencionar a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de tratados no art. 102, III, “b”, da CF, o legislador constituinte deixou clara a subordinação das convenções internacionais à Constituição Federal.

Desta forma, ficou implícita a possibilidade de controle constitucional dos tratados, como bem salienta Francisco Rezek⁵¹:

Embora sem emprego de linguagem direta, a Constituição brasileira deixa claro que os tratados se encontram aqui sujeitos ao controle de constitucionalidade, a exemplo dos demais componentes infraconstitucionais do ordenamento jurídico.

Ocorre que a Emenda Constitucional (EC) n° 45/2004, entre outras modificações, adicionou um terceiro parágrafo ao art. 5° da CF, nos seguintes termos:

§ 3° 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*. (grifo nosso)

Desta forma, a EC n° 45/04 concedeu ao Congresso Nacional, apenas nos casos de tratados que versem sobre direitos humanos, a possibilidade⁵² de incorporação destes com *status* constitucional⁵³.

Ressalta-se, porém, a necessidade de aprovação, nas duas Casas, por maioria de três quintos dos votos dos deputados ou senadores, mesma regra de votação aplicada às emendas constitucionais⁵⁴, portanto.

Seria então de se perguntar se os tratados acerca de direitos humanos incorporados pelo Congresso Nacional através do mecanismo do art. 5°, §3°, da CF estariam também sujeitos ao controle constitucional, uma vez que os mesmos desfrutariam de *status* constitucional.

Para o constitucionalista brasileiro Alexandre de Moraes é “[...] plenamente possível ao Supremo Tribunal Federal a análise da constitucionalidade ou não do texto incorporado [...]” desde que respeitados os parâmetros fixados no art. 60 da Constituição para alteração do texto constitucional⁵⁵.

51 REZEK, op. cit., p. 103.

52 A opção de incorporação com status ordinário (art. 49, I da CF) ou constitucional (art. 5°, §3° da CF) é discricionária do Congresso Nacional (MORAES, opus citatum, p. 628).

53 MORAES, op. cit., p. 626.

54 Art. 60, III, §2°, da CF.

55 MORAES, op. cit., p. 674.

Releva ainda referir que até o momento apenas um tratado foi aprovado sob o procedimento do art. 5º, §3º da CF. Trata-se da Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiências e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007.

Curiosamente, apesar do seu processo de votação ter sido o mesmo das emendas constitucionais, o tratado foi aprovado através de decreto legislativo (Decreto Legislativo nº 186/2008), fonte normativa comum de aprovação das convenções em geral.

A título de conclusão, parece claro que a Constituição Federal brasileira não se presta a determinar com clareza o posicionamento hierárquico dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno.

Neste sentido, Beat Walter Rechsteiner sugere que o legislador determine expressamente, como fez no caso do art. 98 do CTN, as bases da relação entre os tratados internacionais e a legislação doméstica⁵⁶.

O jusinternacionalista, no entanto, propõe que a intervenção se dê através da Lei de introdução ao Código Civil, atual Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), o que não parece aceitável.

Ora, se há um instrumento normativo que deva positivar as relações do direito interno brasileiro com o Direito Internacional, este é a Constituição Federal e não uma norma com *status* de lei complementar, como a LINDB.

Essa é, por exemplo, a posição de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira: “[...] trata-se de uma questão eminentemente constitucional, pois incumbe à Constituição, como lei fundamental da ordem jurídica, adjudicar o lugar de cada espécie no sistema de fontes de direito”⁵⁷.

Ao final desta breve abordagem normativa, fica assente que, ao deixar de apontar com clareza a hierarquia das convenções internacionais no ordenamento interno, a legislação brasileira, em especial a Carta Maior, deixa à jurisprudência a incumbência de fazê-lo.

3.2 A JURISPRUDÊNCIA

Em nível jurisprudencial, a questão da hierarquia dos tratados é melhor visualizada nos casos de conflito entre tratado internacional e legislação interna.

Sob este aspecto, ao longo da história, a jurisprudência brasileira não tem se mostrado uniforme, ora decidindo pela supremacia da disposição convencional, ora pela norma nacional.

56 RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*, São Paulo, p. 125.

57 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, v. I, Coimbra, p. 259.

Neste sentido, Mirtô Fraga cita como antecedente jurisprudencial remoto, o Pedido de Extradicação nº 7, de 1913, em que uma convenção celebrada com a Alemanha foi aplicada pelo Supremo Tribunal Federal em detrimento de lei interna.

No entanto, em seguida, a autora faz menção à Apelação nº 7872, de 1943, em que o STF julgou pela não aplicação de tratado assinado com o Uruguai (referente a isenção de tarifas aduaneiras) por contradição com lei nacional posterior. A decisão, porém, teve voto contrário do Ministro Philadelpho Azevedo, para quem o país, não tendo interesse na manutenção do acordo, deve denunciá-lo⁵⁸.

Então voto vencido, o entendimento do Ministro Philadelpho Azevedo serviu de base para o julgamento da Apelação Cível nº 9587, de 1951, em que se decidiu pela preponderância da convenção internacional.

Na ocasião, o Relator, Ministro Lafayette de Andrada, levantou a questão de o tratado poder ser revogado por lei ordinária posterior, respondendo-a da seguinte forma:

A equiparação entre a lei e o tratado conduziria à resposta afirmativa, mas evidente o desacerto de solução tão simplista, ante o caráter convencional do tratado, qualquer que seja a categoria atribuída às regras de direito internacional.⁵⁹

E sobre o caráter do tratado frente à lei interna, completou o Relator: “Os tratados constituem leis especiais e por isso não ficam sujeitos às leis gerais de cada país, porque, em regra, visam justamente, a exclusão dessas mesmas leis”.

A conclusão do Ministro demonstra-se acertada, ao passo que o posicionamento hierárquico dos tratados internacionais e a sua essência enquanto fonte normativa não podem ser vistos unicamente do ponto de vista interno.

Ora, é certo que o princípio *pacta sunt servanda* deve ser respeitado em nível internacional, e disso decorre a vigência interna da convenção. Sendo diferente o pensamento do governo nacional, não tendo o Estado interesse em manter o acordo, o correto é proceder à sua denúncia, nos moldes do asseverado pelo Ministro Philadelpho Azevedo.

O Supremo Tribunal Federal foi novamente instado a pronunciar-se sobre as relações das convenções internacionais, no caso a Convenção de Genebra acerca da Lei Uniforme sobre o Cheque, com a legislação

58 FRAGA, op. cit., p. 99 a 101.

59 ARAÚJO, op. cit., p. 8.

interna, no Recurso Extraordinário 71154, de 1971, resultando acórdão assim ementado:

Lei Uniforme sobre o Cheque, adotada pela Convenção de Genebra, aprovada essa Convenção pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas tem aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna. Recurso Extraordinário conhecido e provido.⁶⁰

Vê-se que o caso tratava de convenção internacional posterior à norma interna, não suscitando maiores dúvidas quanto à prevalência do tratado, portanto.

A celeuma *in casu* deu-se no debate acerca da necessidade ou não de lei federal para fazer vigor o texto convencional internamente, discussão esta já superada, visto que no Brasil não há necessidade de edição de norma interna para vigência de tratado, mas apenas aprovação do Parlamento e promulgação presidencial publicizada.

Até então favorável à primazia das convenções internacionais sobre as normas internas, em junho de 1977, o Supremo Tribunal Federal rompeu abruptamente com este entendimento no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80004, também acerca da Convenção de Genebra, mas desta vez quanto à Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, cujo acórdão recebeu a seguinte ementa:

Convenção de Genebra – Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias - Aval aposto à Nota Promissória não registrada no prazo legal – Impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-Lei nº 427, de 22.1.1969.

Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade do direito interno brasileiro, *não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-Lei nº 427/69*, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título.

60 RE 71.154/PR de 08/04/1971. Disponível em: www.stfjus.br.

Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi apostado. Recurso extraordinário conhecido e provido.⁶¹(grifo nosso)

Pelo fato de ter revelado uma mudança radical dos princípios do STF no que toca às relações do Direito Internacional com o direito interno, o RE nº 80004 tornou-se o *leading case* da matéria no Brasil.

De ressaltar que, apesar de a decisão ter se dado com apenas um voto em contrário, as justificativas dos votos dos Ministros favoráveis ao recurso foram as mais variadas possíveis⁶².

Dentre as diferentes conclusões, alguns entenderam pela inexistência de conflito entre a convenção e o decreto-lei, outros pela aplicação compulsória da legislação interna vigente e, por último, aqueles para quem o tratado se equipararia à lei ordinária interna, prevalecendo o que fosse posterior, em acatamento ao princípio *lex posterior derogat priori*⁶³.

A opinião do último grupo, composto pelos Ministros Cordeiro Guerra, Rodrigues de Alkmin e Thompson Flores, por expressar a linha de pensamento que acabaria por vingar nos ulteriores julgamentos no Brasil, merece atenção especial.

Para aqueles Ministros, a supremacia dos tratados sobre as normas internas somente seria possível através de autorização constitucional, que, como visto antes, inexistente.

Analisando as disposições constitucionais à época, o Ministro Thompson Flores concluiu em seu voto:

O simples fato de atribuir a Constituição a celebração dos Tratados e Convenções ao Presidente da República, o qual submete sua aprovação ao Congresso Nacional, art. 44, I, e após, determina, através de decreto, sua execução, não se faz bastante.

E disposições outras inexistem, nem o sistema comporta a predominância do Tratado sobre a lei.⁶⁴

Julgando desta forma, embora sem uniformidade nas razões decisórias, o Supremo Tribunal Federal afastou-se da orientação que

61 RE 80.004/SE de 01/06/1977. Disponível em: www.stf.jus.br.

62 FRAGA, op. cit., p. 109.

63 Ibidem, p. 109 ss.

64 RE 80.004/SE de 01/06/1977, p. 1019. Disponível em: www.stf.jus.br.

vinha norteando sua jurisprudência e admitiu a prevalência da lei posterior sobre tratado internacional.

A linha de pensamento que põe os tratados no mesmo plano hierárquico das leis ordinárias, aplicando o que for posterior, prosperou, e deu base aos julgamentos seguintes sobre o assunto no Brasil.

Assim ocorreu na decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1480-DF, de 1997, em que o Relator, Ministro Celso de Mello, para justificar a tese da paridade normativa entre convenção internacional e lei interna brasileira, cita como antecedente jurisprudencial o RE nº 80004.

Merecedora de destaque é a fundamentação utilizada pelo Ministro para explicar a eventual prevalência de uma sobre outra fonte normativa:

A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno somente ocorrerá – presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico –, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade.⁶⁵

Em seguida, referindo expressamente uma “[...]”tendência no sentido de os ordenamentos Constitucionais dos diversos Países conferirem primazia jurídica aos tratados e atos internacionais sobre as leis internas “[...]”, o Ministro, no entanto, esclarece que tal não ocorre no Brasil, justificando:

Tal, porém, não ocorre no Brasil, seja por efeito de ausência de previsão constitucional, seja em virtude de orientação firmada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, reconheceu – como precedentemente assinalado – que os atos internacionais situam-se, após sua formal incorporação ao sistema doméstico, no mesmo plano de autoridade e de eficácia das leis internas.⁶⁶

Analisando as transcrições por partes, é possível identificar, em um primeiro momento, que o Ministro adota uma visão claramente dualista ao sustentar a utilização dos critérios cronológico ou da especialidade para estabelecer a precedência do tratado ou da norma interna.

Tal visão não se coaduna com a tendência hodierna, que o próprio Ministro cita expressamente em um segundo momento, de evolução e proeminência do Direito Internacional.

65 ADI-MC 1.480/DF de 04/09/1997, p. 282, 283. disponível em: www.stf.jus.br.

66 ADI-MC 1.480/DF de 04/09/1997, p. 283. Disponível em: www.stf.jus.br.

Entretanto, para tentar justificar a *inadequação* da sua (brasileira) tese de equiparação dos tratados com as leis ordinárias, Celso de Mello se apegou ao silêncio da Constituição Federal sobre o assunto e aos antecedentes jurisprudenciais do STF, sobretudo ao RE nº 80004.

Será que as escassas e frágeis disposições constitucionais sobre o assunto e os antecedentes jurisprudenciais (leia-se, o RE nº 80004) do Supremo Tribunal Federal têm o condão de afastar o princípio *pacta sunt servanda* a nível internacional? Ou por outra, serão estas razões suficientes para que o Brasil continue andando na mão inversa da tendência internacional, que o próprio Ministro Celso de Mello reconheceu?

Assim não parece. A falta de clareza da Constituição Federal sobre o assunto, somada ao exagerado apego a antecedentes jurisprudenciais do STF acabam por estagnar o Brasil em uma situação que já não se adequa à realidade.

O avanço e a intensificação das relações internacionais, o estreitamento das relações regionais, através de processos de cooperação e integração entre Estados, a tendência monista que se impõe no cenário mundial, diferem muito do contexto em que se deu o julgamento do RE 80.004, datado da ida década de setenta do século passado.

Já é mais do que momento para o legislador brasileiro tomar as devidas providências e emendar a Constituição Federal neste sentido, bem como para o STF reformular seu pensamento, alinhando-o ao quadro internacional.

Por fim, salienta-se o tratamento diferenciado dispensado pelo STF aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, a partir do Recurso Extraordinário nº 466343, julgado em 03 de dezembro de 2008.

No caso, os Ministros do Supremo entenderam pela ilicitude da prisão civil do depositário infiel, afirmando, por maioria, o *status* supralegal da Convenção Americana de Direitos Humanos, que veda esse tipo de prisão.

O raciocínio aplicado ao caso, liderado pelo Ministro Gilmar Mendes, teve por base os parágrafos 2º e 3º do art. 5º da CF.

Segundo a tese vencedora, a abertura material dos direitos fundamentais (§2º do art. 5º da CF), aliada à *constitucionalização* dos tratados de direitos humanos aprovados nos mesmos moldes (turnos e quórum) das emendas constitucionais (§3º do art. 5º da CF, acrescentado pela EC nº 45/2004), apontariam para a hierarquia supralegal das convenções internacionais aprovadas e ratificadas antes da reforma constitucional de 2004.

Discordando, porém, do *status* supralegal defendido pelo Ministro Gilmar Mendes e pela maioria, o Ministro Celso de Mello declinou entendimento pela grandeza constitucional dos tratados de direitos humanos, fundamentando suas razões de acordo com o momento da celebração do tratado, em raciocínio inteligente, muito bem compelido no seguinte trecho do informativo de jurisprudência nº 498 do STF:

Contraopondo-se, por outro lado, ao Min. Gilmar Mendes no que respeita à atribuição de status supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, afirmou terem estes hierarquia constitucional. No ponto, destacou a existência de três distintas situações relativas a esses tratados: 1) os tratados celebrados pelo Brasil (ou aos quais ele aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da CF/88, revestir-se-iam de índole constitucional, haja vista que formalmente recebidos nessa condição pelo § 2º do art. 5º da CF; 2) os que vierem a ser celebrados por nosso País (ou aos quais ele venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC 45/2004, para terem natureza constitucional, deverão observar o iter procedimental do § 3º do art. 5º da CF; 3) aqueles celebrados pelo Brasil (ou aos quais nosso País aderiu) entre a promulgação da CF/88 e a superveniência da EC 45/2004, assumiriam caráter materialmente constitucional, porque essa hierarquia jurídica teria sido transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade.⁶⁷

Ressalte-se, por derradeiro, que a nova tese, da supralegalidade dos tratados que versam sobre normas de direitos humanos, não afetou – pelo menos até o momento – o entendimento do STF quanto à paridade hierárquica entre as demais convenções internacionais e a legislação ordinária interna.

4 CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, segundo a divisão sistemática estabelecida e o escopo deste trabalho, é possível retirar as seguintes conclusões:

Quanto à recepção das convenções internacionais:

- As convenções internacionais precisam ser recepcionadas para que tenham vigência interna no Brasil;
- A competência geral para celebração de tratados e a palavra final quanto à vinculação do Estado na esfera internacional são do Presidente da República;
- A vinculação à convenção, no entanto, é condicionada à aprovação parlamentar. Nesse sentido, nota-se a possibilidade de as convenções internacionais que versam sobre direitos humanos serem aprovadas de modo diverso (maioria de três

⁶⁷ Disponível em: www.stf.jus.br.

quintos em dois turnos de votação), quando desfrutarão de *status* constitucional;

- A vigência interna das convenções internacionais depende de publicação oficial. A esse respeito, verifica-se uma prática nunca prevista nas Constituições brasileiras, de promulgação dos tratados através de decreto presidencial;
- O requisito da publicação é condição necessária, mas não suficiente, para que as convenções se tornem obrigatórias no âmbito nacional. Isto porque a vigência interna depende da vigência internacional. Nesse contexto, as convenções vigoram, internamente, como Direito Internacional e não como normas internas.

Quanto à hierarquia das convenções internacionais:

- A Constituição Federal não dá solução expressa ao problema da hierarquia das convenções na ordem interna;
- A Carta Magna de 1988 prevê o controle de constitucionalidade das convenções, deixando, portanto, claro o posicionamento infraconstitucional das mesmas. Com efeito, a CF possibilita que, com processo de aprovação parlamentar mais exigente, os tratados que versam sobre direitos humanos desfrutem de *status* constitucional;
- Pelo fato de a Constituição Federal pouco esclarecer quanto ao posicionamento hierárquico das convenções, o problema é resolvido pelos Tribunais Superiores, sobretudo pelo STF;
- A jurisprudência brasileira, ao longo da história, não se mostra uniforme. O ano de 1977, no Brasil, coloca-se como o marco em que o Supremo Tribunal Federal deixou de entender pela prevalência do Direito Internacional e passou a acatar a paridade normativa entre leis ordinárias e convenções internacionais;
- Em 2008, o STF firmou entendimento de que os tratados de direitos humanos não aprovados pelo processo legislativo mais exigente, incluído pela EC nº 45/2004, possuem *status* supralegal. A nova tese, porém, não alterou a orientação jurisprudencial já

firmada, de paridade hierárquica entre as demais convenções internacionais e a legislação ordinária doméstica.

Ao final do trabalho conclui-se que, em razão do silêncio constitucional em relação ao tema da hierarquia dos tratados, a resolução dos conflitos compete sempre aos Tribunais Superiores, sobretudo ao STF, que, em que pese o progresso no que tange aos tratados de direitos humanos, continua julgando na contramão da tendência mundial, apregoando a paridade hierárquica entre tratados internacionais e leis internas e aplicando o critério cronológico.

Com isso, o Pretório Excelso mostra-se conivente com o descumprimento dos compromissos internacionais do país, bem como permite que o Estado brasileiro incorra em responsabilidade internacional.

É plausível o argumento de que seria demasiado precoce que a Constituição Federal referisse expressamente a supralegalidade das convenções internacionais. Pode ser necessário deixar à jurisprudência uma margem de manobra para fazer valer a legislação interna na hipótese de esta ser a melhor solução para o caso concreto.

Tal argumento, porém, não justifica a total omissão da Carta Maior do Brasil. O legislador brasileiro, caso entenda pela prematuridade de apregoar a preponderância do Direito Internacional, deve inspirar-se no exemplo de outras Constituições, como a portuguesa, e deixar ao menos um caminho trilhado no sentido da prevalência dos compromissos internacionais.

Ao não fazê-lo, deixa à jurisprudência não uma margem de manobra, mas um vasto espaço para os Tribunais manobram e decidirem como melhor lhes aprouver. Assim, as decisões judiciais sobre o assunto no Brasil podem mudar como o vento, o mesmo vento que soprou em 1977.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALMEIDA, Francisco Ferreira de. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

ARAÚJO, Nádía de. A Internalização dos Tratados Internacionais no Direito Brasileiro e o Caso do TRIPS. *Revista da ABPI*. Rio de Janeiro, n. 62. 2003.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. v. I, 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2006.

MEDEIROS, Rui. Relações entre Normas Constantes de Convenções Internacionais e Normas Legislativas na Constituição de 1976. *O Direito*, ano 122, I, jan./mar. 1990.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

REIS, Márcio Monteiro. *Mercosul, União Européia e Constituição: a integração dos estados e os ordenamentos jurídicos nacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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