



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

IGOR CARVALHO BARBOSA

**O DIREITO DOS TRATADOS
NUMA PERSPECTIVA DIALÓGICA**

CAMPINA GRANDE – PB
2012

IGOR CARVALHO BARBOSA

**O DIREITO DOS TRATADOS
NUMA PERSPECTIVA DIALÓGICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a M^a Cezilene Araújo de Morais

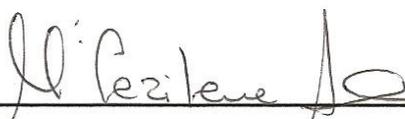
IGOR CARVALHO BARBOSA

**O DIREITO DOS TRATADOS
NUMA PERSPECTIVA DIALÓGICA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação do
Curso de Direito da Universidade Estadual
da Paraíba, em cumprimento a exigência
para obtenção do grau de
Bacharel/Licenciado em Direito.

Orientador(a): M^a Cezilene Araújo de Moraes.

Aprovado em 27/11/2012



Prof.ª M^a Cezilene Araújo de Moraes / UEPB
Orientadora



Prof. Ednaldo da Costa Agra / UEPB
Examinadora



Prof.ª José Cavalcanti dos Santos / UEPB
Examinadora

RESUMO

Com o intuito de aferir a força normativa dos tratados internacionais na ordem jurídica interna brasileira, em especiais daqueles que dispõem sobre temáticas relativas à proteção dos direitos humanos, foi realizado um resgate da tradicional dogmática acerca do direito dos tratados a partir de uma breve revisão de suas lições preliminares para, nas seções subsequentes: a) remontar o clássico embate entre as teorias dualista e monista, e suas respectivas derivações, sobre a (in)existência de uma separação entre o ordenamento jurídico nacional e o internacional; b) perceber como a jurisprudência, a doutrina e o direito comparado vem alocando hierarquicamente os tratados internacionais nos sistemas jurídicos ocidentais; e, por fim, c) demonstrar como uma nova técnica hermenêutica propõe-se a analisar o conflito deflagrado entre normas do direito das gentes e os comandos do direito interno. Para tanto, recorreu-se às obras dos mais abalizados internacionalistas pátrios, à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e à redação de constituições europeias e sul-americanas e tratados internacionais vigentes no Brasil. Extraí-se da leitura deste trabalho que as antigas teses e conceitos, forjadas em contextos há muito superados, devem ser adaptados à atual configuração da sociedade internacional, a fim de blindar o indivíduo com os direitos e garantias que são próprios ao homem, buscando um equilíbrio entre a prevalência dos direitos humanos e as soberanias estatais.

PALAVRAS-CHAVE: tratados internacionais. direitos humanos. hierarquia normativa

ABSTRACT

In order to assess the normative force of international treaties in Brazilian domestic law, in particular those that deal with issues relating to the human rights protection, there was a recovery of traditional dogmatic about the law of treaties from a brief review of their preliminary lessons to: a) repackaging the classic clash between monistic and dualistic theories, and their derivations about the (non)existence of a separation between national law and international; b) understand how the case law, the doctrine and comparative law are allocating hierarchically international treaties in the Western legal systems; and finally, c) demonstrate how a new method of interpretation is proposed to analyze the conflict between international law and national law. To this end, we resorted to works of the most authoritative patriotic internationalist, the jurisprudence of the Supreme Court and the drafting of constitutions in Europe and South America and international treaties in force in Brazil. Extract from reading this work that the old theories and concepts forged in contexts far outweighed must be adapted to the current configuration of international society in order to shield the individual with the rights and guarantees which are proper to mankind, seeking a balance between the prevalence of human rights and state sovereignty.

KEYWORDS: international treaties. human rights. normative hierarchy.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	06
2. DOS TRATADOS INTERNACIONAIS	08
2.1. Conceito	08
2.2. Regulamentação	09
2.3. Terminologia	09
2.4. Condições de validade	10
2.5. Fases de celebração	11
2.6. Reservas	14
2.7. Extinção	15
2.8. Classificação	15
3. DAS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO	17
3.1. A teoria dualista	17
3.2. A teoria monista	18
3.3. A teoria dialógica	19
4. DOS CONFLITOS ENTRE TRATADOS INTERNACIONAIS E AS NORMAS	24
4.1. Infraconstitucionalidade	24
4.2. Supralegalidade	25
4.3. Constitucionalidade	26
4.4. Supraconstitucionalidade	27
4.5. A teoria da norma mais favorável	27
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	31
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	32

1. INTRODUÇÃO

Os dois episódios bélicos mais relevantes da história da humanidade, ocorridos na primeira metade do século passado, evidenciaram a disposição dos beligerantes de cometer sistematizadas agressões à população civil desarmada, tanto às pessoas que ocupam o território das nações inimigas quanto a grupos étnicos minoritários habitantes do próprio Estado ofensor.

Em face das iniquidades e barbáries perpetradas, a opinião pública mundial exigiu da aliança vitoriosa uma postura afirmativa tendente a identificar e responsabilizar os agressores, que se consubstanciou nas limitações impostas às soberanias derrotadas e nos vereditos do famigerado Tribunal de Nuremberg (MAZZUOLI, 2004).

Os menos incautos, entretanto, alertaram que a mera punição dos criminosos de guerra não poria fim às violações, mas, ao contrário, alimentaria o revanchismo e as rivalidades nacionais, motivando atitudes propensas a novas atrocidades.

Visando conter estas animosidades, organizações internacionais foram gestadas e implementadas com o intuito de fornecer alternativas diplomáticas aos conflitos suscitados. A Liga das Nações, como sabemos, teve um fim tão breve quanto o período entre guerras.

O fracasso de sua predecessora, todavia, tornou a Organização das Nações Unidas mais consentânea no que tange aos objetivos de manutenção da paz e segurança mundial e salvaguarda dos direitos humanos e assistência humanitária.

Sua efetividade, entretanto, é questionável. A despeito do poder de veto dos membros de seu Conselho de Segurança e dos precedentes do Tribunal Penal Internacional, as potências mundiais se aventuram em impetuosas incursões militares, das quais se podem extrair frequentes violações aos direitos humanos (LINDGREN ALVES, 1994).

Não bastasse o insucesso dos artifícios políticos dirigidos à proteção do homem, o direito não tem operado satisfatoriamente quanto a este mesmo fim (GOMES, MAZZUOLI, 2010). Embora o prazo de elaboração dos tratados internacionais se mostre razoável e o conteúdo de tais documentos seja promissor, as antigas querelas e entraves em relação a sua força normativa ainda não foram superados.

Desde a própria existência ao reconhecimento de autonomia científica, as questões de direito das gentes sempre foram palco de acirradas controvérsias. No que tange a aplicabilidade das normas internacionais no plano interno dos Estados, o embate se intensifica.

A primeira seção do presente trabalho se deteve a realizar um resgate da tradicional dogmática acerca do direito dos tratados a partir de uma revisão de suas lições preliminares. Temas como as fases de celebração do acordo internacional e suas condições de validade são mais detalhadamente analisados.

Em seguida, remonta-se o clássico embate entre as teorias monista e dualista, e suas respectivas derivações, sobre a inexistência de uma separação entre o ordenamento jurídico interno e o internacional. Mais adiante, é almejado perceber como a jurisprudência, a doutrina e o direito comparado vem alocando hierarquicamente os tratados internacionais nos sistemas jurídicos ocidentais.

Por fim, analisa-se como uma nova técnica hermenêutica propõe-se a analisar o conflito deflagrado entre normas do direito das gentes e os comandos do direito interno.

Com o intuito de aferir a força normativa dos tratados internacionais na ordem jurídica interna brasileira, em especial daqueles que dispõem acerca de temáticas relativas aos direitos humanos, recorreu-se às obras dos mais abalizados internacionalistas pátrios, à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e à redação de constituições europeias e sul-americanas e tratados internacionais vigentes no Brasil.

2. DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

De acordo com o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, são fontes do direito internacional:

Art. 38. (...)

2. As convenções (ou tratados) internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
3. O costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito;
4. Os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas;

Prevê, ainda, a aplicação das decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das diversas nações como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

A redação do referido dispositivo também permite a aplicação de critérios de equidade como instrumentos de interpretação e integração do direito internacional, como se depreende da expressa menção da cláusula “*ex aequo et bono*, se convier às partes”.

Há autores, entretanto, que ainda incluem neste rol mais duas categorias de fontes do direito internacional, a saber: os atos unilaterais e as deliberações das organizações internacionais.

Não há de se falar, contudo, em hierarquia entre as fontes do direito internacional, ressalvado o que dispõe o Estatuto da Corte Internacional de Justiça quanto ao caráter auxiliar da jurisprudência e da doutrina.

Obtempera Celso Duvivier de Albuquerque Mello (1972) que, apesar da mencionada pluralidade de fontes, o tratado emerge como a mais robusta expressão da norma jurídica de direito internacional.

Dedicam-se, portanto, os esforços iniciais do presente estudo ao resgate das principais lições acerca dos tratados internacionais, considerados a mais robusta expressão da norma jurídica de direito internacional, a fim de melhor preparar o leitor para a compreensão das seções subsequentes.

2.1. Conceito

A tarefa de conceituar os fenômenos jurídicos sempre se apresentou desafiadora para os estudiosos da Ciência do Direito. No entanto, não é comum aos autores furtarem-se a tal mister, razão pela qual definições fundadas em premissas mal delineadas são muitas vezes expostas sem qualquer cautela.

Em homenagem ao preciosismo técnico, selecionou-se o conceito de Francisco Rezek (1984), dotado de incontestável valor científico. Segundo o doutrinador:

Tratado internacional é um acordo resultante da convergência das vontades de dois ou mais sujeitos de direito internacional, formalizada num texto escrito, com o objetivo de produzir efeitos jurídicos no plano internacional.

Nesta lógica, podemos afirmar que o tratado internacional é um instrumento através do qual os sujeitos de direito internacional – Estados soberanos e organizações internacionais – pactuam direitos e obrigações mútuas, pautados nos princípios da cooperação entre as nações e do respeito à soberania dos Estados.

2.2. Regulamentação

Fruto do trabalho da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, promulgada em 22 de maio de 1969 e em vigor no Brasil desde 27 de janeiro de 1980, codificou o direito consuetudinário referente aos tratados. Frente à importância político-jurídica do documento, alguns juristas afirmam que os termos da convenção vinculariam até mesmo entidades não signatárias (GUERRA, SALIBA, 2011; MAZZUOLI, 2000).

Outro documento de singular relevância é a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre os Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 21 de março de 1986, a qual complementa a anterior convenção, reconhecendo as organizações internacionais como sujeitos de direito internacional.

2.3. Terminologia

Quanto à terminologia, a prática internacional registra o uso livre dos diversos sinônimos da palavra “tratado”. A rigor, do ponto de vista jurídico, tais denominações importam pouco e nem sempre são aplicados de maneira coerente. Contudo, em certos casos, mantém-se o hábito de atribuir a certos tratados nomes específicos.

As convenções costumam ser multilaterais, contando com a participação de um número considerável de signatários; dispõem acerca dos grandes temas do direito internacional, a exemplo dos tratados citados na subseção anterior, além da Convenção de Genebra. Os acordos, por sua vez, são, na maioria dos casos, bilaterais ou plurilaterais.

O protocolo é usualmente um tratado acessório a, ou resultante de, um tratado principal, como o Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias; ao passo que memorando de entendimento designa tratados sobre temas técnicos ou

específicos, a exemplo do Memorando de Entendimento sobre Cooperação entre as Academias Diplomáticas entre Brasil e Colômbia.

A concordata é o tratado celebrado entre um Estado e a Santa Sé¹, como a Concordata de Bolonha. Já a expressão “tratado” nomeia os atos especialmente solenes, como o Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Federativa do Brasil, a República Argentina, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, também conhecido como Tratado de Assunção.

Carta ou constituição designa tratados constitutivos de organizações internacionais, como a constituição da Organização Internacional do Trabalho ou a Carta da Organização das Nações Unidas. Neste caso, importante não confundi-los com o Texto Maior de cada país.

2.4. Condições de validade

Via de regra, a doutrina dominante exige cinco condições de validade para os tratados internacionais (MAZZUOLI, 2011). Precisamente:

- Capacidade das partes contratantes;
- Habilitação dos agentes signatários;
- Consentimento mútuo;
- Formalidade;
- Objeto lícito e possível.

Assevera-se que apenas os sujeitos do direito internacional, ou seja, Estados soberanos e organizações internacionais, tem o direito de celebrar acordos internacionais. Entrementes, a Santa Sé, embora não se enquadre, a rigor, numa das categorias retro descritas, tradicionalmente ocupa papel de destaque na produção de normas de direito internacional.

Reconhece-se, ainda, a possibilidade de insurgentes e/ou beligerantes figurar como signatários de tratado internacional, desde que seja o acordo concernente ao conflito ao qual se envolvam. Os Estados federados, por sua vez, precisam de autorização expressa da União federal para celebrar tratados internacionais, permissão que lhes é vedada no Brasil, como se depreende do inciso I, art. 21, da Constituição de 1988.

Os sujeitos de direito internacional, para que um agente celebre o tratado em seu nome, concedem-lhe uma autorização formal denominada “carta de plenos poderes”. No instante da celebração do acordo, tais agentes trocam as respectivas cartas para atestarem a

¹ Com o nome de Sé Apostólica ou Santa Sé designam-se (...) não só o Romano Pontífice, mas ainda, (...), a Secretaria de Estado, o Conselho para os negócios públicos da Igreja, e os demais Organismos da Cúria Romana. (Cânone 361)

sua habilitação. Caso agente não habilitado assine o tratado, não terá este nenhum valor legal, exceto se, posteriormente, o plenipotenciário confirmar o ato.

Estão dispensados da apresentação das cartas de plenos poderes os Chefes de Estado, os Chefes de Governo e os Ministros do Exterior ou ministério equivalente. Considera-se que os chefes de missão diplomática gozam da presunção de plenos poderes em celebrações de tratados junto ao Estado ao qual estejam vinculados. O mesmo se aplica aos chefes de delegações acreditados a uma conferência internacional, para os tratados celebrados na respectiva conferência.

Assim como no direito comum, notadamente no direito civil, a livre manifestação de vontade das partes é requisito de validade do tratado internacional. Portanto, faz-se necessário que os celebrantes exerçam o legítimo *animus contrahendi*, consubstanciado pela vontade de obrigar-se mutuamente.

A vontade das partes, evidentemente, não pode estar eivada de qualquer vício que macule o negócio jurídico, seja o erro, o dolo ou a coação. Entretanto, as particularidades da relação jurídica entre os sujeitos de direito internacional devem ser consideradas para o melhor enquadramento dos referido institutos, adaptando-os do ramo privado para o contexto das nações.

Vale ressaltar, com o devido realce, o caráter solene do tratado internacional: deve ser redigido com termos e expressões próprios da ciência jurídica, sendo, ademais, obrigatória a sua forma escrita.

Por último, cumpre-nos reforçar que o tratado internacional, para preencher todos os requisitos do plano da validade, precisa ter por conteúdo objeto livre e possível, como qualquer outro negócio jurídico.

Com relação à licitude do objeto, retomamos a redação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados:

Art. 58. É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

A doutrina, entretanto, encontra dificuldade para apontar quais normas seriam idoneamente consideradas de direito internacional geral. Como exemplo mais recorrente, reportamo-nos à Carta das Nações Unidas.

2.5. Fases de celebração

Para que um tratado internacional produza efeitos em todas as dimensões jurídicas, faz-se necessário que sejam observadas as fases de sua celebração (MAZZUOLI, 2011).

Quais sejam:

- Negociação;
- Assinatura;
- Procedimento interno de aprovação;
- Ratificação;
- Promulgação;
- Publicação;
- Registro.

Na fase negocial, são levantadas todas as discussões pertinentes à elaboração do texto convencional. Através de propostas de redação, os membros do Poder Executivo de cada parte apresentam as suas intenções. Ao final dos trabalhos, o seu produto é rubricado pelos negociadores, autenticando o texto negociado.

Posteriormente, dá-se a assinatura do tratado internacional, através da qual o texto é autenticado pelo agente – representante do Estado soberano ou Organização Internacional, munido com a procuração de plenos poderes ou ocupante de cargo que torne presumível a sua capacidade.

Para alguns sistemas jurídicos, desde a assinatura o Estado soberano vincula-se ao disposto no tratado. Contudo, na maioria dos casos, a assinatura representa apenas o marco inicial para o decurso do prazo de entrega dos instrumentos de ratificação.

Os agentes brasileiros, por exemplo, ao celebrarem um tratado internacional, assinam-no sob reserva do procedimento interno de aprovação. Entretanto, a simples assinatura do texto convencional implica no compromisso assumido internacionalmente de não frustrar o objeto e a finalidade do tratado, mesmo antes da sua entrada em vigor.

A assinatura sob reserva de ratificação dá ensejo ao procedimento interno de aprovação do tratado, que, conforme assinalado, existe apenas nas ordens constitucionais que o preveem.

A competência para aprovar muda de acordo com a disposição de direito constitucional do Estado soberano. Em outras palavras, cabe a cada Constituição determinar qual é o órgão incumbido de proceder à recepção do tratado internacional. Em regra, esta apreciação recai sobre o Poder Legislativo, muito embora em certas nações estrangeiras o

procedimento interno de aceitação seja atribuição de um partido político ou gabinete de Ministros.

Como facilmente se deduz, é possível que um tratado internacional assinado por agente capacitado não seja recepcionado. Não objetiva o presente trabalho questionar por quais razões (muitas vezes estranhas à dogmática jurídica) a aprovação do órgão competente não é alcançada, inviabilizando a ratificação.

Resta-nos esclarecer que a entrada em vigor do tratado internacional, para o Estado que o prevê, não prescinde de procedimento interno específico de recepção. Há casos, entretanto, nos quais o texto convencional sequer é apreciado, haja vista que o Poder Executivo detém a prerrogativa de enviá-lo ao órgão aprovador, não se reputando automático tal envio. Não sendo dirigido à apreciação, o acordo não será recepcionado e, conseqüentemente, não haverá ratificação, obstando, pois, a produção dos seus efeitos.

Concluído o procedimento interno de recepção, o tratado internacional é ratificado, modo através do qual o Estado soberano notifica aos outros sujeitos de direito internacional com quem contratou de que se considera vinculado ao conteúdo do texto convencional diante das demais nações.

A ratificação, entretanto, é ato discricionário do Poder Executivo. Após assinado e, se necessário, aprovado internamente, o tratado internacional, observados os critérios de oportunidade e conveniência, será (ou não) ratificado, produzindo efeitos no âmbito internacional.

Comumente, os instrumentos de ratificação são trocados pelos Estados contratantes, no caso de tratado bilateral, ou depositados junto a um órgão preestabelecido, em se tratando de acordos multilaterais. Todavia, em homenagem ao princípio da boa-fé e da cooperação entre as nações, o costume de exibição dos instrumentos de ratificação têm-se convertido em mera comunicação do arremate procedimental.

A promulgação, por sua vez, é o ato através do qual um Estado soberano afirma que o tratado internacional atravessou as fases de celebração anteriores (negociação, assinatura, procedimento interno de recepção e ratificação) e exige a sua observância em todo o território nacional, conferindo-lhe a obrigatoriedade própria das leis, em sentido lato. Tal etapa do processo de celebração é, também, a exemplo do mecanismo de aprovação legislativa, peculiar às ordens constitucionais que a preveem.

O leitor talvez se questione acerca da distinção, em termos práticos, de ratificação e promulgação. Embora ambos atestem a imperatividade do texto negocial, a diferença reside na dimensão à qual alcançam. Quando o tratado internacional é ratificado, o contratante

obriga-se no plano internacional a respeitar seu conteúdo. Por sua vez, a promulgação dirige-se ao âmbito interno dos Estados, ordenando a sua execução dentro dos limites territoriais respectivos.

Pré-requisito adotado em todos os países, a publicação é o instrumento através do qual os jornais oficiais comunicam a plena vigência dos atos normativos aos nacionais, fase que não poderia, pois, ser prescindida pelo tratado internacional.

Por fim, o registro eleva-se como a expressão do repúdio a diplomacia secreta. Organizações internacionais, a exemplo das Nações Unidas, exigem que todos os tratados internacionais celebrados pelos seus membros sejam depositados no secretariado da organização, como determina a Carta de São Francisco.

Algumas organizações internacionais exigem o registro de tratados internacionais sobre determinados assunto. A título exemplificativo, evocamos a redação do art. 81 da Convenção sobre Aviação Civil Internacional:

Art. 81. Todos os acordos aeronáuticos existentes por ocasião da entrada em vigor desta, entre um Estado Contratante e qualquer outro Estado ou entre uma empresa de navegação aérea de um Estado Contratante e outro Estado qualquer ou empresa de navegação aérea de qualquer outro Estado, serão imediatamente registrados no Conselho.

Importante não confundir os tratados em forma simplificada com os famigerados acordos executivos. Em certos sistemas constitucionais, o Poder Executivo está autorizado a celebrar tratados internacionais sobre determinadas matérias sem necessidade de consulta ao Parlamento. Neste caso, o documento torna-se obrigatório através de acordo executivo, prescindindo da ratificação do Poder Legislativo, o que não ocorre na modalidade simplificada. A aprovação legislativa, para um tratado na modalidade simplificada pode ser, por exemplo, prévia.

2.6. Reservas

Por vezes, na fase negocial de celebração dos tratados, uma das Partes Contratantes pode apresentar discordâncias quanto a detalhes do texto convencional sem, contudo, divergir da totalidade de seu conteúdo. Nestes casos, apresenta-se muito mais vantajosa a opção de se opor a certas disposições do que desvencilhar-se do tratado por inteiro.

Sendo assim, o Estado insatisfeito pode apresentar reservas. A reserva consiste numa declaração unilateral na qual o sujeito de direito internacional intenta excluir ou modificar parcela(s) do texto negociado.

Por óbvio, a apresentação de reservas pode vir a comprometer a harmonia da convenção, gerando animosidade entre os signatários. Portanto, reconhece-se a licitude de cláusula inserida no próprio tratado que proíba, limite ou condicione o oferecimento ao seu texto.

2.7. Extinção

Os tratados internacionais podem ser extintos pela vontade das Partes contratantes, a qual muitas vezes se expressa através de novo tratado que venha a regular o mesmo campo temático do acordo anterior.

Sobre a superveniência de *jus cogens*, prevê o art. 64 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: “Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”.

Há também a possibilidade de um tratado ser denunciado. A denúncia corresponde à manifestação de uma Parte Contratante de subtrair-se ao conteúdo do ajuste outrora concluído. Os acordos costumam prever cláusulas processuais próprias acerca da denúncia; na falta destas, são aplicáveis as regras sobre pré-aviso constantes na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Considera-se lícito, entretanto, o limite temporal que certos tratados impõem à própria denúncia. Também não é possível denunciar os acordos que estabeleçam as famigeradas situações jurídicas estáticas, como a delimitação das fronteiras dos Estados, por exemplo.

2.8. Classificação

Calcados na aplicação didática da temática, costuma-se proceder à classificação dos tratados internacionais segundo certos critérios, sendo alguns mais práticos do que outros. Fiéis ao propósito deste estudo, não verteremos esforços hercúleos na apreciação do referido conteúdo, contudo, em respeito à clássica lição, foram eleitos três critérios de classificação cuja análise se mostra mais adequada ao presente trabalho.

Os tratados podem ser bilaterais, quando envolvem duas partes, ou multilaterais, na ocasião de contar com a adesão de três ou mais sujeitos de direito internacional. Ainda quanto ao número de partes, certos autores estabelecem uma distinção entre os tratados plurilaterais, com mais de duas partes, e os multilaterais, que, nesta ótica, seriam os acordos aos quais vários entes foram signatários.

Classificam-se os tratados internacionais, ainda, em normativos e contratuais: daqueles derivariam normas de conduta para as partes, enquanto que estes resultariam num negócio jurídico. O critério da natureza do objeto costuma gerar dissenso entre os juristas, pois alguns deles negam tal diferenciação.

Quanto ao procedimento, existem os tratados internacionais *stricto sensu* e os acordos em forma simplificada. A necessidade premente da ratificação do tratado internacional em sentido estrito é dispensada na modalidade simplificada: nesta última, a assinatura já torna o documento apto à produção de efeitos.

3. DAS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO

Onde quer que se pretenda discorrer acerca do direito dos tratados, impossível olvidar do clássico embate travado nos anos 20 entre monistas e dualistas acerca da (in)existência de alguma espécie de separação entre o ordenamento jurídico nacional e o internacional (RIBEIRO, AGUIAR FILHO, 2009).

Apesar de alguns autores contemporâneos considerarem tal discussão ultrapassada, por respeito à incontestável contribuição das escolas jusfilosóficas germânicas impõe-se a menção da referida controvérsia em todo círculo de discussões internacionalista.

Ressaltamos, ainda, que a apropriação dos conteúdos concernentes às teorias monista e dualista demonstra-se assaz conveniente tendo em vista a proposta deste trabalho. A fim de embasar as considerações abarcadas pelos capítulos posteriores, a prévia análise do assunto é imprescindível.

3.1. A teoria dualista

Guiados por Heinrich Triepel e Dionisio Anzilotti, na esteira dos ensinamentos de Karl Magnus Bergbohm e Karl Binding, os teóricos dualistas pregam a bidimensionalidade. Segundo eles, a ordem jurídica interna e a internacional são compreendidas como sistemas rigorosamente independentes e distintos, mutuamente excludentes.

A doutrina costuma representar a noção do dualismo jurídico a partir da ilustração de dois rios tangentes, jamais secantes. Desta forma, não haveria conflitos entre os comandos do direito doméstico e as disposições da esfera internacional (MELLO, 1972).

O dualismo justifica a sua tese de separação entre os dois sistemas jurídicos tomando por base a teoria das fontes jurídicas. Enquanto a norma de direito interno deriva de um ato soberano ao qual os seus destinatários estariam vinculados por uma relação de subordinação, a norma de direito internacional apresenta uma nítida natureza contratual, cuja gênese se alicerça na cooperação entre os Estados celebrantes.

Consequência lógica e essencial do dualismo é a necessidade da edição de lei em sentido lato para a incorporação do tratado à ordem jurídica nacional. No Brasil, entretanto, esse preciosismo formalista é contornado por uma visão mais moderada, que, prescindido de lei, requer a observância de um procedimento interno de aprovação, a saber, decreto legislativo (MAZZUOLI, 2003).

3.2. A teoria monista

O monismo, na contramão da teoria dualista, prega a existência de uma ordem jurídica única, com projeções interna e internacional. Neste contexto, não haveria a necessidade de internalização dos acordos celebrados no âmbito externo, impondo-se a aceitação automática do tratado celebrado.

Por conceber a unicidade dos sistemas jurídicos, depreende-se a possibilidade de conflitos entre regras internacionais e internas, devendo, pois, ser aplicado o critério hierárquico para a solução da aparente antinomia. Neste contexto, surgem duas subcorrentes contrapostas que discordam quanto a qual ordem jurídica seria conferida a supremacia.

Pautados no arcabouço filosófico hegeliano, evocando a soberania estatal, os nacionalistas sustentam o hegemonia do direito interno. O Estado, na qualidade de senhor absoluto de seu destino, tem a faculdade de, ao seu arbítrio discricionário, receber a ordem internacional (MAZZUOLI, 2002).

O monismo nacionalista contou com o apoio de grandes nomes da ciência do direito, a exemplo de Georg Jellinek e Max Wendel, e de regimes mais ávidos pela soberania política (soviéticos, fascistas e nazistas). O fundamento do direito internacional seria, portanto, o próprio direito interno.

A presença de uma autoridade central, que acoberta a norma jurídica de legítima eficácia cogente, além do purismo constitucionalista, são os argumentos mais contundentes da teoria monista nacionalista.

Por outro lado, a escola de Viena mitigou a noção de soberania estatal, alçando o direito internacional a patamar superior ao do direito interno. Nesta mesma direção, aponta o entendimento de Léon Duguit, calcado na influência da sociologia sobre a escola relativista francesa.

Para a dogmática jurídica, toda norma encontra seu fundamento numa superior, que lhe confere validade. Numa escalada estoica, depara-se no topo da pirâmide lógico-jurídica com uma norma fundamental, irradiando validade para todo o sistema. Para a teoria monista internacionalista, a *Groundnorm* é uma norma costumeira de aceitação geral entre as nações (*pacta sunt servanda*).

Alfred Von Verdross entende que a existência de tal lei constitui uma infração ao pactuado entre as nações, sendo facultado ao Estado lesado impugná-la, exigindo sua derrogação ou inaplicabilidade. Nada obstante, segundo a lição de Hans Kelsen, faltaria validade ao referido diploma (MAZZUOLI, 2000).

Tradicionalmente, os defensores da supremacia do direito internacional alicerçam seu entendimento na necessidade da plena observância de um limite mínimo de garantias que a condição humana comporta, o qual nem mesmo os Estados soberanos estariam autorizados a condicionar (MAZZUOLI, 2002).

3.3. A teoria dialógica

Como ressaltamos no breve intróito deste capítulo, os doutrinadores da atualidade asseveram que a grande celeuma jusfilosófica acerca da (in)existência de uma separação entre as ordens jurídicas interna e internacional tornou-se irrelevante.

Diante da impossibilidade de obter o consenso no âmbito da teórica jurídica, a doutrina contemporânea contenta-se em reduzir a dicotomia a termos práticos, renunciando a quaisquer questionamentos atinentes à teoria do direito, à filosofia jurídica ou ao direito internacional com o fito de harmonizar a discussão.

Cabe, pois, ao direito constitucional positivo definir se o Estado em questão se filia a corrente monista, apoiando-se no raciocínio que encara a ordem jurídica como sendo una, ou se adota teoria dualista, concebendo a bidimensionalidade.

A gradual abertura que os ordenamentos internos estatais vêm sofrendo para admitir a relativização do conceito de soberania em busca de ideais mais nobres é mais sensível na Europa, onde a integração regional urge acelerar este processo. Encontramos previsões neste sentido nos art. 24 da Lei Fundamental de Bonn e no art. 11 da Constituição Italiana:

Art. 24. [Transferência de direitos de soberania – Sistema coletivo de segurança]

(1) A Federação pode transferir direitos de soberania para organizações interestatais, por meio de lei.

(1a) Desde que os Estados sejam competentes para exercer os poderes estatais e cumprir as tarefas estatais, eles podem transferir, com a anuência do Governo Federal, direitos de soberania a instituições transfronteiriças em regiões vizinhas.

(2) Com vista a salvaguardar a paz, a Federação pode aderir a um sistema de segurança coletiva mútua; para tal, aceita limitações aos seus direitos de soberania que promovam e assegurem uma ordem pacífica e duradoura na Europa e entre os povos do mundo.

(3) Para dirimir as controvérsias internacionais, a Federação aderirá aos acordos de arbitragem internacional de caráter geral, universal e obrigatório.

Art. 11. A Itália repudia a guerra com instrumento de ofensa à liberdade dos outros povos e como meio de resolução das controvérsias internacionais; consente, em condições de paridade com os outros Estados, nas limitações de soberania necessárias para um ordenamento que assegure a paz e a justiça entre as nações; promove e favorece as organizações internacionais que visam essa finalidade.

O constitucionalismo latino americano apresenta uma relevante quantidade de cláusulas abertas de recepção, notadamente nas constituições dos países integrantes do

Mercado Comum do Sul. Destacam-se o art. 141 da Constituição Paraguaia, o art. 75 (22) da Constituição Argentina e o art. 6º da Constituição Uruguaia.

Art. 141. [Dos tratados internacionais]

Os tratados internacionais validamente celebrados, aprovados por lei do Congresso, e cujos instrumentos de ratificação forem trocados ou depositados, formam parte do ordenamento legal interno com a hierarquia que determina o Artigo 137.

Art. 75. Compete ao Congresso:

(...)

22. Aprovar ou descartar tratados concluídos com as demais nações e com as organizações internacionais e as concordatas com a Santa Sé. Os tratados e concordatas têm hierarquia superior às leis.

Art. 6º. Nos tratados internacionais que celebre a República preponderará a cláusula de que todas as diferenças que surjam entre as partes contratantes serão decididas pela arbitragem ou outros meios pacíficos.

A análise dos referidos dispositivos, cujo escopo era o de apaziguar o tradicional embate entre dualistas e monistas, apenas deslocou o objeto do dilema. Como as regras constitucionais nem sempre demonstram o partidatismo do Estado soberano a uma das duas teorias, ficou a cargo do intérprete apurar a verdadeira expressão do legislador constituinte.

O art. 55 da Constituição Francesa de 1958, por exemplo, dispensa mecanismo de internalização de tratados internacionais para conferi-lhes eficácia, razão pela qual se depreende que a 5ª República optou pelo monismo. Já o diploma da Áustria, no seu art. 50 (1) e (2), afina-se com a posição dualista.

Art. 55. Os tratados ou acordos regulamentares ratificados ou aprovados tem autoridade superior a das leis, sob a reserva de sua aplicação para a outra parte.

Art. 50. [Tratados]

(1) Os tratados cujo conteúdo modificar ou complementar leis já existentes só podem ser celebrados com a sanção da Casa Legislativa

(2) Ao sancionar um tratado nos termos do (1), a Casa Legislativa pode decidir pela sua implementação a partir da promulgação de uma lei

No contexto brasileiro, entretanto, a ausência de menção constitucional expressa dá margem ao prolongamento da celeuma. Para alguns, o requisito de promulgação de um ato normativo interno para que o tratado internacional produza efeitos em território nacional denota a opção pelo dualismo.

Os monistas, por sua vez, rebatem o referido argumento negando a existência de qualquer mecanismo de internalização dos referidos diplomas. No seu entendimento, o decreto legislativo confere mera publicidade ao tratado, não possuindo natureza jurídica de norma (MELLO, 1972).

Destarte, a prevalência da teoria dualista sobre a monista na maioria dos sistemas jurídicos estatais indica como as soberanias ainda se mostram temerosas em face da influência

exercida pelo direito internacional. O princípio da autodeterminação dos povos (insculpido no art. 4º, III, da Constituição da República do Brasil), não resta dúvida, é dogma irrefutável da sociedade internacional.

Todavia, a atual tendência doutrinária aponta para um novo norte: os direitos humanos. As principais conferências que tem ocorridos na parte ocidental do globo alardeiam a premissa de que o arbítrio dos Estados nacionais não podem se sobrepor a valores internacionais permanentes.

O Brasil, apesar de não se aproximar do modelo de “Estado Constitucional Cooperativo” descrito por Peter Häberle (PIOVESAN, 1997), possui como norma originária de sua Constituição o parágrafo único do art. 4º: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

Recentes manifestações do Poder Constituinte Derivado Reformador acrescentaram ao art. 5º os §§ 3º e 4º, carimbando o caráter integrativo do sistema jurídico brasileiro (MAZZUOLI, 2005). Em face da importância dos referidos dispositivos, faz-se mister a sua transcrição, além do § 2º, cuja redação é originária:

Art. 5º. (...)

(...)

§ 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.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Incontestavelmente, a Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, que, entre outras mudanças, acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição da República, representa um importante marco divisório para a compreensão da opção do constitucionalismo pátrio em relação a uma das duas teorias sobre as quais discorreremos.

Antes da referida emenda, o § 2º do mesmo dispositivo esclarecia que o rol de direito e garantias fundamentais enumerados pela Carta Cidadã não era exaustivo, compreendendo outros, decorrentes do regime (a saber, o democrático) e dos princípios (em especial, o da dignidade da pessoa humana), além dos decorrentes de tratados ou convenções internacionais dos quais o Estado Brasileiro seja signatário (PFEIFFER, AGAZZI, 1998).

O § 2º do art. 5º não deixava clara a posição assumida pela nossa Constituição, pois, na contramão da longa tradição dualista brasileira, previa a assimilação do conteúdo de diplomas internacionais sem mencionar a necessidade de procedimento interno de aprovação.

Ante esta omissão, abalizado corpo doutrinário vislumbrava a referida disposição como a prova da escolha de nossa ordem constitucional pelo monismo, muito embora a expressão da Lei Maior não fosse inequívoca (MAZZUOLI, 2000).

O fato é que, a partir da inserção do § 3º ao art. 5º a questão tornou-se ainda mais controversa. Se tratado internacional que verse sobre direitos humanos obtiver aprovação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, em dois turnos, por três quintos dos votos de seus membros, ocupará o mesmo patamar hierárquico-normativo das emendas à Constituição.

Indubitavelmente, tal previsão comporta a ideologia dualista, pois prevê procedimento solene de internalização. Contudo, atina apenas às convenções que tenham por objeto matéria sobre direitos humanos, restringindo o campo de análise do exegeta. Ademais, o referido artigo traz à baila outra discussão que a muito assola os internacionalistas: a hierarquia normativa dos tratados internacionais.

Ao que tudo indicava, a interpretação isolada de cada um dos parágrafos do art. 5º induzia a premissas inconciliáveis. Portanto, faz-se mister a análise sistemática da Constituição da República, a fim extrair a semântica mais apropriada. Em meio a ermas e intrincadas construções, surge o dialogismo como uma alternativa simples para a solução do impasse.

Não contrariando o pressuposto internacionalista de que o Direito externo, posicionado no ápice da pirâmide normativa, é superior ao interno, e, portanto, confere validade a todo o sistema jurídico, no campo dos direitos humanos o dogma da aplicação preferencial do tratado internacional sobre a lei doméstica sofre uma refinada relativização, em homenagem ao princípio *pro homine* (MAZZUOLI, 2002).

Em outras palavras: deflagrando-se o conflito de uma norma de direito internacional e uma norma de direito interno, sobreleva-se aquela que apresentar conteúdo mais favorável e garantidor à condição humana.

Valério de Oliveira Mazzuoli (2001) proclama o triunfo da teoria monista internacionalista, reforçada pelo advento de uma nova perspectiva hermenêutica:

Perceba-se que a prevalência da norma internacional sobre a interna continua a existir, mesmo quando os instrumentos internacionais de proteção autorizam a aplicação da norma interna mais benéfica, visto que, nesse caso, a aplicação da norma interna no caso concreto é concessão da própria norma internacional que lhe é superior, o que estaria a demonstrar a existência sim de uma hierarquia, típica

do monismo internacionalista, contudo muito mais fluida e totalmente diferenciada da existente no Direito Internacional tradicional.

A autorização para que se aplique a norma mais favorável aos direitos humanos encontra respaldo nas chamadas cláusulas de diálogo (ou vasos comunicantes) previstas pelos tratados internacionais (MAZZUOLI, 2002). Tal permissiva é responsável pelo apaziguamento da antiga celeuma, pois soluciona a antinomia entre uma regra de direito supranacional e um preceito normativo doméstico considerando critérios de ponderação garantista.

O dialogismo, como facilmente se infere, além de possuir importância científica ímpar, erigindo novos paradigmas no contexto de um impasse jusfilosófico centenário, consiste num poderoso artifício ideológico, verdadeiro baluarte a serviço dos direitos humanos e sua prevalência.

4. DOS CONFLITOS ENTRE TRATADOS INTERNACIONAIS E NORMAS INTERNAS

A Emenda Constitucional n. 45, promulgada no dia 30 de dezembro de 2004, ao incluir o § 3º ao art. 5º da Constituição da República alimentou uma antiga discussão que há tempo divide os mais abalizados doutrinadores pátrios e a jurisprudência da nossa Suprema Corte.

Após analisar as teorias que se propõem a explicar a relação entre o direito internacional e o direito estatal, resta examinar em quais níveis hierárquicos os tratados internacionais adentram no ordenamento positivo brasileiro (GOMES, MAZZUOLI, 2009).

Acompanhando o método da seção anterior, remeter-se-á às divergentes correntes que os principais autores nacionais filiam o seu entendimento. Além disso, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da questão será suscitado, analisando historicamente a evolução da jurisprudência (DALLARI, 1997). O direito comparado também se apresentará como um recurso da maior importância, situando o leitor no contexto global.

4.1. Infraconstitucionalidade

Consagrando um forte dualismo e a supremacia do Direito Interno, os votos dos min. Xavier de Albuquerque e Cunha Peixoto no Recurso Extraordinário n. 80.004/SE de 1977 apontam que a jurisprudência nacional já optou por enxergar os tratados internacionais ingressantes no ordenamento jurídico brasileiro, em especial aqueles de cunho comercial, com nível infraconstitucional (CINTRA JUNIOR, 1997).

Decisões mais recentes, minoritariamente, ainda reconhecem que os tratados internacionais encontram-se em posição paritária a da lei federal (MAZZUOLI, 2001). A título exemplificativo, mencionamos o acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480-3/DF, com relatoria do min. Celso de Mello, cujo objeto foi a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho.

Percebe-se que nos países de tradição jurídica anglo-saxônica (*common law*), em especial nos Estados Unidos e no Reino Unido, a lei federal tem poder revocatório sobre o tratado internacional. Sendo assim, deflagrada antinomia entre acordo regido pelo direito internacional e lei ordinária, solucionar-se-ia o conflito recorrendo ao brocardo *lex posterior derogat priori*.

Na atualidade, entretanto, o entendimento que aponta a infraconstitucionalidade dos tratados internacionais não conta com o apoio da doutrina nem encontra respaldo na

jurisprudência. Os maiores juristas pátrios têm compreendido que a equiparação dos acordos supranacionais às leis ordinárias afeta a credibilidade do Estado brasileiro perante a comunidade internacional (PIOVESAN, 1997).

A aplicação do critério da temporalidade à supracitada antinomia implicaria na instabilidade das relações internacionais, haja vista que o Congresso Nacional, a qualquer momento, poderia derrogar total ou parcialmente o conteúdo pactuado entre as nações contratantes.

4.2. Supralegalidade

Um posicionamento mais cômodo, apoiado pela maioria da jurisprudência e da doutrina brasileira, defende a supralegalidade dos tratados internacionais, em especial daqueles que versem sobre as normas de direito tributário. Tal entendimento localiza os acordos regidos pelo direito internacional num patamar intermediário entre a Constituição e as leis.

A engenhosidade do entendimento merece aplauso, pois atinge o objetivo ao qual se propõe. Ao par que respeita o paradigma de supremacia da Constituição, agradando ao hegeliano ideal de soberania estatal, a supralegalidade prestigia as relações internacionais, protegendo a Convenção de atuação legislativa posterior (MAZZUOLI, 2002).

Antigas manifestações jurisprudenciais já apontavam para neste sentido. O teor das Apelações Cíveis n. 7.872/43 e n. 9.587/51, com relatório dos ministros Philadelpho Azevedo e Orozimbo Nonato, respectivamente, faz perceber que a ideia de supralegalidade fora esboçada durante o Estado Novo (CINTRA JUNIOR, 1997).

Recentemente, a ponderação esboçada no Recurso em *Habeas Corpus* n. 79.785/RJ pelo min. Sepúlveda Pertence foi resgatada. Nas seções de julgamento do *Habeas Corpus* n. 87.585/TO e do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, recorreu-se ao art. 28 (1) da Constituição Grega, influenciado pelo constitucionalismo alemão, cujo art. 25 confere supralegalidade aos tratados internacionais.

Art. 28. [Regras de direito internacional]

1. As regras geralmente reconhecidas pelo direito internacional, bem como as convenções internacionais, desde que sancionadas por lei e eficazes perante os contratantes, serão parte integrante do direito interno grego e prevalecem sobre qualquer disposição legal em contrário. (...)

Art. 25. [Preeminência do direito internacional]

As regras gerais do direito internacional público são parte integrante do direito federal. Sobrepõem-se às leis e constituem fonte direta de direitos e obrigações para os habitantes do território federal.

Gilmar Ferreira Mendes (2000) apresenta-se como o principal jurista nacional a defender a suprallegalidade dos tratados internacionais. A partir desta premissa, salienta-se a plausibilidade de uma nova modalidade de exame abstrato de compatibilidade das leis: o controle jurisdicional de convencionalidade (MAZZUOLI, 2011).

4.3. Constitucionalidade

Flávia Piovesan (1997), antes mesmo da promulgação Emenda n. 45, já apontavam que por força do § 2º do art. 5º da Constituição Federal os tratados internacionais sobre direitos humanos têm *status* constitucional.

A tendência de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central (CANÇADO TRINDADE, 1996).

A consolidação da teoria da constitucionalidade foi proporcionada pela introdução do § 3º, ao art. 5º da Carta Magna. Na ocasião do procedimento interno de aprovação do tratado, o Congresso Nacional seguirá o rito descrito pelo referido parágrafo, conferindo força de Emenda Constitucional ao acordo celebrado.

Neste mesmo sentido, encontramos o disposto no art. 23 da Constituição Venezuelana. A Constituição de Portugal, em seu art. 16/1, é a representante europeia desta concepção.

Art. 23. Os tratados, pactos e convenções relativos a direitos humanos, assinados e ratificados pela Venezuela, têm hierarquia constitucional e prevalecem no ordenamento interno, na medida em que contenham normas mais favoráveis às estabelecidas por esta Constituição e pela lei da República, e são de aplicação imediata e direta pelos tribunais e demais órgão do Poder Público.

Art. 16. [Âmbito e sentido dos direitos fundamentais]

1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.
2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Destaca-se que o reconhecimento da constitucionalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos gera algumas consequências importantes. A primeira delas está prevista no art. 5º, § 1º, da Constituição da República Brasileira, segundo a qual “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”, não dependendo de lei ulterior que as regule (PFEIFER, AGAZZI, 1998).

Há de se ressaltar que o conteúdo abarcado pelos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, por força do art. 60, § 4º, da Constituição da República, integrará o rol

das cláusulas pétreas, porquanto “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais”.

4.4. Supraconstitucionalidade

Na esteira das lições vienenses, o monismo internacionalista prega a posição supraconstitucional dos acordos regidos pelo direito internacional que versem sobre direitos humanos, reconhecendo-se, portanto, a superioridade da ordem jurídica externa sobre a interna. O mais festejado representante brasileiro desta corrente é Celso Duvivier de Albuquerque Mello (1972).

Não há, entretanto, um único precedente do Supremo Tribunal Federal que acompanhe a lição do atual decano da corte. Em relação ao direito comparado, adverte Valério de Oliveira Mazzuoli (2000):

À exceção da Constituição holandesa que, após a revisão de 1956, permite, em certas circunstâncias, que tratados internacionais derroguem seu próprio texto, é muito difícil que uma dessas leis fundamentais despreze, neste momento histórico, o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, a si mesma, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado.

Em face de críticas agressivas que apontam para o enfraquecimento do Estado moderno como resultado da supraconstitucional eficácia dos tratados internacionais, ressalta-se a profunda reformulação enfrentada pela noção de soberania estatal nos dias atuais (MAZZUOLI, 2002).

Os teóricos modernos, a fim de apaziguar os melindres da resistência ultranacionalista, esclarecem que a norma de direito internacional têm sua gênese baseada na cooperação entre os países, não na imposição de um poder supraestatal. É o próprio Estado, no gozo de sua soberania, que opta por submeter-se ao texto convencional.

4.5. A primazia da norma mais favorável

Sob a égide da Constituição de 1988, a tendência majoritária da doutrina, respaldada pelo entendimento dos tribunais superiores, enxergava os tratados internacionais sobre direitos humanos na categoria de ato normativo supralegal (MENDES, 2000).

A ministra Ellen Grace, relatora do *Habeas Corpus* n. 88.240/SP, e o ministro Carlos Aires Britto, na relatoria do *Habeas Corpus* n. 94.013/SP, reconheceram o efeito paralisante dos acordos de proteção aos direitos humanos regidos pelo direito internacional sobre as

normas infraconstitucionais, tendo por fundamento do § 2º, art. 5º da CF (GOMES, MAZZUOLI, 2009).

Entretanto, com o acréscimo do § 3º a redação do art. 5º da Carta Magna, vislumbrou-se a possibilidade de os tratados internacionais sobre direitos humanos serem alçados à categoria constitucional, no caso de atenderem os requisitos descritos pelo referido parágrafo (MAZZUOLI, 2005).

Não resta dúvida que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, e promulgados sob a forma do Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, gozam do paradigma de supremacia constitucional, já que foram recepcionados nos conformes do § 3º.

O posicionamento da supracitada convenção anuncia uma nova tendência do constitucionalismo brasileiro: a formação do bloco de constitucionalidade. Neste contexto, considera-se que a Constituição da República não é formada apenas pelo seu texto formal, mas também por princípios implícitos e diplomas legislativos que lhe densificam o conteúdo.

A noção de bloco de constitucionalidade não é novidade no direito comparado. Na França, a partir de uma decisão proferida em 16 de julho de 1971, a qual elevou a liberdade de associação ao patamar de direitos fundamentais, entende-se que o parâmetro de constitucionalidade francês é composto pela Constituição de 1958, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, pelo preâmbulo da Constituição de 1946 e pelos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República (MELLO, 1972).

Entretanto, a alteração implementada pelo constituinte reformador brasileiro não esclarece em qual patamar hierárquico normativo estão situados os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, seguindo procedimento de recepção mais simples do que o previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição da República (MAZZUOLI, 2005).

Enumeram-se os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos incorporados antes da referida emenda:

- Carta das Nações Unidas - 1945;
- Convenção contra o Genocídio - 1949;
- Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados - 1951;
- Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados - 1966;
- Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos - 1966;
- Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - 1966;

- Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial - 1968;
- Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher - 1984;
- Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes - 1984;
- Convenção sobre os Direitos da Criança - 1989;
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos - 1969;
- Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura - 1985;
- Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - 1994.

Em meio a mais retumbantes opiniões, o ministro Celso de Mello, em mais uma demonstração do seu elevado potencial didático, ao relatar o *Habeas Corpus* n. 96.772-8/SP, deferido unanimemente no dia 09 de junho de 2009 pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, formalizou um novo entendimento, ao qual nos filiamos.

Na ocasião, a Colenda Turma acordou pela concessão do referido *writ constitucional* no qual figurava como autoridade coatora o Superior Tribunal de Justiça. Aplicando o disposto no art. 7º (7) da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), os ministros desprezaram a previsão constitucional constante no art. 5º, LXVII. Extinguiu-se, pois, de vez, a prisão civil do depositário infiel da ordem jurídica brasileira.

Segundo o ilustre magistrado, a interpretação judicial é instrumento legítimo de mutação informal da Constituição que adéqua a norma à evolução social através de uma exegese atualizadora, sem a necessidade de manifestação do Poder Constituinte Derivado Reformador.

Prescindindo de alteração literal, a interpretação realizada pelo Poder Judiciário reconhece as mudanças fáticas no seio da sociedade. O texto continua o mesmo, muito embora o sentido que lhe é atribuído mude (CANÇADO TRINDADE, 1996).

Em clara referência ao princípio da dignidade da pessoa humana (CR, art. 1º, III), o min. Celso de Mello indica que o procedimento hermenêutico aplicado aos direitos humanos confere primazia à norma mais favorável.

Não importa, pois, o critério hierárquico para a solução do conflito aparente entre uma norma de direito internacional e outra interna. A partir do diálogo entre as duas ordens, é aplicável o dispositivo que se apresente mais garantidor.

Arremata o min. Celso de Mello, na relatoria do Recurso Extraordinário n. 393.175/RS, que, uma vez configurado o dilema, razões de ordem ético-jurídica impõem ao exegeta uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida.

Merece destaque, contudo, a distinção entre primazia e supremacia: enquanto esta garante à norma superioridade hierárquica dentro do sistema jurídico, a primeira dota a regra de aplicabilidade preferencial.

Neste mesmo sentido, dispõe o art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Art. 29. [Normas de interpretação]

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
- c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;
- d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

É válido lembrar que o descumprimento de tratados internacionais viola o art. 27 da Convenção de Viena, segundo o qual “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. O art. 4º, II, da Lei Maior, por seu turno, determina a prevalência dos direitos humanos como princípio regente da República Federativa do Brasil no âmbito das relações internacionais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegando ao término deste empreendimento científico, resta evidente que as clássicas teorias dualista e monista, e suas respectivas derivações, não se coadunam com as exigências do direito internacional moderno. A ultrapassada dicotomia, cuja origem remonta à década de 1920, pertence a um mundo em preto e branco, assinalado pelo maniqueísmo das intransigentes polarizações.

A nova ordem mundial pauta-se numa filosofia renovadora, da qual fluidez e dinamismo são requisitos elementares. Além dos tons acinzentados, a hermenêutica jurídica tem nos apresentado raciocínios multicoloridos, adequados aos padrões da atualidade.

O presente estudo apresentou uma solução simples para o conflito das normas de direito interno com as disposições de tratados internacionais. Optamos pela adoção de um sistema misto, que comporta lógicas distintas mas perfeitamente conciliáveis.

É inequívoca, pois, a pertinência da temática, tendo em vista a produção doutrinária acerca do “Direito Internacional dos Direitos Humanos”. Em termos práticos, o assunto reputa-se bastante atual, uma vez que importante modificação legislativa (Emenda Constitucional n. 45/2004) foi consubstanciada na última década, trazendo à baila acirradas discussões nos meios acadêmico e forense.

Segundo os ditames do novo regime jurídico, caso a incorporação de tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento brasileiro deflagre antinomia entre o diploma em questão e norma de direito interno, terá primazia (leia-se, aplicabilidade preferencial), a disposição mais condizente com os direitos humanos, independentemente de sua gênese.

Para os demais casos, nos quais questões de direitos humanos não estejam em tela, aplicar-se-ão os critérios tradicionais de resolução de conflitos: *lex superior derogat inferior* (hierarquia), *lex specialis derogat generalis* (especialidade) e *lex posterior derogat prior* (temporalidade).

Neste diapasão, o método hermenêutico que confere primazia aos direitos humanos, reconhecendo o homem como o instituidor e destinatário da norma – sem desprezar a importância fulcral das soberanias estatais e o paradigma kelseniano da dinâmica jurídica – conserva a essência teleológica do direito.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos. In: São Paulo (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996. p. 13-46. (Série Documentos, 14).

CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. O judiciário e os tratados internacionais sobre direitos humanos. In: Seminário: incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. *Revista Especial do Tribunal Regional Federal, 3ª Região*, São Paulo, Imprensa Oficial do Estado, 1997.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Normas internacionais de Direitos Humanos e jurisdição nacional. *Revista do Tribunal Regional Federal - 3ª região*, São Paulo, v. esp., p. 25-38, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira . Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional?. *Revista de Direito* (Itatiba), v. XII, p. 7-20, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Características gerais do direito (especialmente do direito internacional) na pós-modernidade. *LTr. Suplemento Trabalhista*, v. 112, p. 505-515, 2010.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. *Revista Jurídica Virtual*. Presidência da República, v. 10, p. 1-20, 2008.

GUERRA, Sidney Cesar Silva; SALIBA, Aziz. *Direito dos Tratados: Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969*. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2011. v. 1.

LINDGREN ALVES, José Augusto. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva e Fundação Alexandre de Gusmão, 1994.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, Belo Horizonte: UFMG, v. 53, p. 83-106, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A opção do judiciário brasileiro em face dos conflitos entre tratados internacionais e leis internas. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 81, n. ano 26, p. 306-325, 2001.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A processualística de inserção dos tratados no Brasil e a incorporação das normas internacionais veiculadoras dos direitos e garantias fundamentais. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*, Rio de Janeiro: IADP, v. IX, n. ano III, p. 249-276, 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito dos tratados*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. 542 p.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos humanos provenientes de tratados: exegese dos 1.º e 2.º do art. 5.º da Constituição de 1988. *Revista jurídica* (Porto Alegre. 1953), Porto Alegre, v. 278, n. ano 48, p. 39-60, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Gênese e principiologia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: o legado da Declaração Universal de 1948. *Revista do Instituto dos Magistrados do Ceará*, Fortaleza - CE, v. 10, n. ano 5, p. 309-341, 2001.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. 174 p.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo parágrafo 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista Forense* (Impresso), Rio de Janeiro, v. 378, n. ano 100, p. 89-109, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, v. 156, n. ano 39, p. 169-177, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados Internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*. 2. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. v. 1. 527 p.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Universalização e internacionalização do direito internacional dos direitos humanos: do pós-segunda guerra aos dias atuais. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, Ribeirão Preto, v. 49, n. ano 5, p. 33-51, 2004.

MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque. A Norma Internacional. *Revista de Ciência Política do Instituto de Direito Público e Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas*, n. Jan-Mar, p. 51-54, 1972.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 8, p. 90-108, 2000.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; AGAZZI, Anna Carla. Integração, eficácia e aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos no direito brasileiro: interpretação do artigo 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal de 1988, in *Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade*, São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998, p. 223, nota 27.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

REZEK, Francisco. *Direito dos Tratados*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

RIBEIRO, Mikelli Marzzino Lucas Alves; AGUIAR FILHO, Valfredo de Andrade. *Recepção de tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento pátrio e o novo entendimento do STF*. Site da Revista *Data Vênia*. Disponível em <<http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/issue/view/47/showToc>>. Acessado em 10 de outubro de 2009.
