

# FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL: OS TRATADOS E OS CONFLITOS NORMATIVOS\*

## I- INTRODUÇÃO

Entre nós, a principal fonte de Direito é a Lei, conforme determina o art. 4º da LICC:

“Quando a lei for omissa o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

A expressão é utilizada em seu sentido amplo, significando regra de ordem geral escrita, que abrange tanto aquelas elaboradas de fonte interna (lei ordinária elaborada pelo Congresso Nacional, lei complementar, medida provisória...) como as de fonte internacional, como os tratados<sup>1</sup>, desde que internalizadas. Apesar de a Cons-

---

\* A autora agradece ao bolsista Erick Ribeiro a colaboração para este trabalho.

1 Destaque-se que, dentre os tratados, alguns tratam das obrigações entre Estados, sendo fontes somente do direito internacional público. São deste primeiro tipo, por exemplo, o tratado que criou o Mercosul (Tratado de Assunção, de 1991), o tratado que deu ao Mercosul personalidade jurídica de direito internacional (Protocolo de Ouro Preto), a Carta da ONU, o Estatuto da Corte Internacional de Justiça da Haia. Há, por sua vez, tratados que são importantes fontes de direito interno, criando direitos e deveres para os particulares, como as convenções da CIDIP e da Haia.

tituição não mencionar expressamente os tratados no art. 59 (que trata das espécies legislativas)<sup>2</sup>, infere-se o seu papel de uma interpretação sistemática do texto<sup>3</sup>.

A temática do Direito dos Tratados é das mais ricas no Direito Internacional, não se tendo chegado, até hoje, a um consenso sobre a maior parte dos seus objetos de estudo. Em especial, a questão dos conflitos entre os tratados e as fontes internas de cada Estado continua sofrendo tratamento não uniforme pela doutrina e pela jurisprudência. Sobre o assunto, a Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe alterações que interessam sobremaneira ao direito internacional, principalmente no que concerne ao status normativo que os tratados de Direitos Humanos passarão a ter.

O conceito de tratado nos é dado pelo art. 2º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1986)<sup>4</sup>. Segundo o dispositivo, tratado é um acordo internacional formal (celebrado por escrito) firmado entre pessoas jurídicas de Direito Internacional (Estados

2 "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."

3 Pontes de Miranda [*Comentários à Constituição de 1967*, tomo 3, 1967, p.119] já afirmava que a enumeração na Carta anterior também era falha. No mesmo sentido, agora sobre o art. 59 da Constituição atual, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do Processo Legislativo*, 5ª ed., n.ºs 110-7, p. 196-205, 2002. Lê-se na p. 201: "Nenhuma das exegeses propostas para a expressão 'processo legislativo', no art. 59 da Constituição, parece plenamente satisfatória. Faltou ao constituinte, segundo tudo indica, uma visão clara da sistemática dos atos normativos. Forçoso é reconhecer, porém, que essa sistematização não é simples." A ausência dos tratados na enumeração do art. 59 poderia ser invocada pelos dualistas como prova de que os tratados não têm força normativa no direito brasileiro antes de sua incorporação por outro ato normativo. Essa interpretação é equivocada, porque desconsidera outros dispositivos constitucionais que estabelecem que: os *tratados* é que estão sujeitos ao controle de constitucionalidade (art.103, III, *b*); é a violação de *tratado* que autoriza a interposição de recurso especial (art. 105, III, *b*); é a presença de *tratado* na causa de pedir que atrai a competência dos juízes federais (art.109, III).

4 Sobre a definição, veja-se, entre outros, Patrick Daillier e Alain Pellet, *Droit International Public*, 7ª ed., 2002, n.ºs 62 e 63, p. 118-21.

e/ou Organizações Internacionais)<sup>5</sup>, regido pelo Direito Internacional, constante de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja a sua denominação<sup>6</sup>. Conforme amplamente aceito pela doutrina tradicional, o que confere obrigatoriedade aos tratados é a norma *pacta sunt servanda*, que integra o conjunto dos princípios gerais amplamente reconhecidos e respeitados pela sociedade internacional.

## II- ROTEIRO PARA INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS

No Brasil, o processo de elaboração e de incorporação dos tratados internacionais ao direito interno cumpre o seguinte roteiro<sup>7</sup>:

1) *negociação* entre as partes e *assinatura* do texto final: incumbe privativamente ao Presidente da República manter relações com Estados Estrangeiros (CF, art. 84, VII) e celebrar tratados, convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional (CF, art. 84, VIII). Nessa atribuição de chefe de Estado, o Presidente pode nomear plenipotenciários para assinar tratados em seu nome.

2) *aprovação pelo Congresso Nacional* (CF, art. 49, I): essa fase se inicia com uma mensagem do Presidente da República. O Con-

5 No paradigmático caso Anglo-Iranian Oil Co. (Reino Unido c. Irã) [*Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice*, 1952] uma empresa britânica recebeu concessão para explorar e produzir petróleo no Irã no início do século XX e posteriormente o Irã nacionalizou todos os seus poços. Por conta disso, o Reino Unido levou a questão à Corte Internacional de Justiça, em 1951, pleiteando a aplicação do acordo. No ano seguinte, em 22 de julho de 1952, a Corte Internacional de Justiça, por maioria (9 contra 5), extinguiu o processo sem exame do mérito, sob o fundamento de que o acordo não era um tratado internacional, uma vez que envolvia uma empresa e um Estado, ao passo que um tratado deve representar a vontade dos Estados ou de Organização Internacional.

6 Celso Mello lista diversos termos utilizados com o mesmo significado: convenção, convênio, acordo, protocolo, pacto, declaração, ato, carta, estatuto, dentre outros. [Celso de Albuquerque Mello, *Curso de Direito Internacional Público*, vol. I, 14ª ed., 2002, p. 204-5].

7 Para um excelente panorama crítico das diferentes posições que se manifestaram na Assembléia Constituinte no tocante ao processo de incorporação de tratados, v. João Grandino Rodas, A Constituinte e os Tratados Internacionais, *Revista dos Tribunais* 624:43-51, 1987.

gresso Nacional delibera por maioria dos presentes<sup>8</sup>, sendo que Câmara e Senado votam separadamente. O Congresso não pode emendar ou alterar o texto do tratado, cabendo-lhe apenas o papel de aprová-lo ou não. A aprovação do Congresso é divulgada com a publicação de um decreto legislativo promulgado pelo seu Presidente;

3) a terceira etapa pode tomar duas formas distintas<sup>9</sup>:

a) *ratificação*: ato do Chefe do Executivo no plano externo. Ocorre somente quando o Brasil assina o texto original do tratado. Se este for *bilateral*, ratifica-se pela via da troca de notas; se *multilateral*, pelo depósito do instrumento de ratificação perante a organização internacional que tenha patrocinado a elaboração do acordo. Nos pactos *bilaterais*, não cabem reservas, pois estas consubstanciarium um novo tratado; nos *multilaterais*, salvo regra expressa em seu próprio texto, o Presidente da República pode apor reservas, para as quais se requer apenas a ciência (não a anuência) das outras partes<sup>10</sup>;

ou

<sup>8</sup> De acordo com o artigo 49, I, CF, é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. O Congresso faz isso através de um decreto legislativo, cujo quorum é aquele previsto no art. 47 CF (maioria dos votos, exigindo-se a presença da maioria dos membros).

<sup>9</sup> Certa polêmica envolveu a doutrina, no que diz respeito a esta fase: após a aprovação do Congresso Nacional, o Presidente da República está obrigado a ratificar o ato internacional, ou esta é uma faculdade de que dispõe? A maioria da doutrina entende que a ratificação é um ato privativo e discricionário do Presidente.

<sup>10</sup> Há casos, porém, em que a anuência será necessária. V. art. 20 (1) e (2) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: "Article 20 (Acceptance of and objection to reservations). 1. A reservation expressly authorized by a treaty does not require any subsequent acceptance by the other contracting States unless the treaty so provides. 2. When it appears from the limited number of the negotiating States and the object and purpose of a treaty that the application of the treaty in its entirety between all the parties is an essential condition of the consent of each one to be bound by the treaty, a reservation requires acceptance by all the parties. (...)"

b) *adesão*: ocorre quando o Brasil, sem ter firmado um tratado, quer, posteriormente, ser parte dele. Os efeitos internacionais da adesão equivalem aos da ratificação;

4) *promulgação e publicação*: são atos que visam à publicidade no plano interno. O Chefe do Executivo promulga e faz publicar um decreto onde se divulga o texto integral do pacto, sendo esta uma praxe existente desde o tempo do Império, em que pese a ausência de disposição legal neste sentido específica para os tratados<sup>11</sup>. Antes da promulgação, um tratado internacional não produz efeitos no plano interno<sup>12</sup>, embora, internacionalmente, a entrada

<sup>11</sup> A Convenção de Havana sobre Tratados Internacionais (1928), ratificada pelo Brasil e internalizada pelo Decreto nº 18.956, de 22.10.1929 não prevê esta etapa, dispondo, no seu art. 4º: "Os tratados serão publicados imediatamente depois da troca das ratificações. A omissão no cumprimento desta obrigação internacional não prejudicará a vigência dos tratados, nem a exigibilidade das obrigações nele contidas." No Brasil, aplica-se analogicamente o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, que impõe a publicação como requisito para que as leis passem a vigorar.

<sup>12</sup> Este entendimento restou claro no caso do Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto [STF, DJU 10 ago. 2000, CR 8.279/AT, Rel. Min. Celso de Mello]. No julgamento, em que se rogavam diligências de nítido caráter executório – o que, em regra, era negado –, com respaldo no Protocolo, ficou consignado: "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 192/95), 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 (...)." No voto, o relator ressalta que somente com a publicação do decreto executivo conclui-se o processo de internalização dos tratados e convenções internacionais. O relator, apesar de afastar a controvérsia entre monismo e dualismo para procurar no texto constitucional a solução, acrescenta, ainda, que "o sistema constitucional brasileiro – que não exige a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (visão dualista extremada) – satisfaz-se, para efeito de executoriedade doméstica dos tratados internacionais, com a adoção de iter procedimental que compreende a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (visão dualista moderada)." Ressalte-se que não parece ser o caso de se falar em dualismo moderado, como

em vigor do tratado se dê com o depósito do número de instrumentos de ratificação previsto no próprio tratado.

A forma própria de revogação de tratado é a *denúncia*, que produz efeitos geralmente após um ano. Conforme a doutrina tradicional, cuida-se de ato exclusivo do Presidente da República, sendo desnecessária a manifestação do Legislativo, todavia, há quem sustente que, como são necessárias as vontades do Executivo e do Legislativo para a sua aprovação, para a denúncia também deveria ser necessária a manifestação de ambos.

### III- CONFLITO ENTRE NORMAS PROVENIENTES DE FONTES INTERNAS E INTERNACIONAIS

Por muito tempo, o país praticou um isolacionismo em matéria internacional. Como recentemente o Brasil tem ratificado um número bastante expressivo de tratados internacionais, a questão do conflito entre normas provenientes de tratado e lei interna tem sido cada vez mais freqüente. Com efeito, dada a natural divergência entre as disposições de ordenamentos jurídicos diferentes, é comum que a ordem interna entre em linha de tensão com o direito convencional. Para estes casos, surge a problemática de qual a norma a ser aplicada.

Primeiramente, note-se, há três tipos de conflitos possíveis: a) conflito entre a Constituição Federal e o tratado, b) conflito entre lei ordinária e tratado<sup>13</sup> e c) conflito entre lei interna e tratados de direitos humanos. Cada um deles será analisado a seguir.

#### a) conflito entre a CF e tratado

As normas internacionais – assim como ocorre com as nacionais – podem entrar em conflito com a Constituição tanto do ponto de vista material quanto do formal. É assim que se fala na inconstitu-

---

tem proposto parte da doutrina. As explicações sobre monismo e dualismo seguirão em tópico próprio.

<sup>13</sup> Sobre esses dois tipos de conflitos, vide Jacob Dolinger, *As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os Conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: Um Exercício de Ecletismo*, *Revista Forense* 334:71-107, abril-junho 1996.

cionalidade intrínseca e extrínseca dos tratados. Esta última também é conhecida como ratificação imperfeita, ocorrendo sempre que a celebração do tratado, em alguma das suas fases, viola as regras constitucionalmente estabelecidas sobre competência e procedimentos. A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969)<sup>14</sup> prevê esta hipótese, isentando o Estado do cumprimento das obrigações assumidas apenas em caso de manifesta violação à norma fundamental<sup>15</sup>. Já a inconstitucionalidade intrínseca – que diz respeito ao próprio conteúdo do tratado – desperta maiores divergências, sendo objeto de estudo mais aprofundado pela doutrina.

A Convenção de Havana sobre Tratados (1928), ratificada pelo Brasil<sup>16</sup>, traz a posição do direito internacional sobre a matéria. Como regra geral, ela fixa a supremacia dos tratados sobre a legislação interna, sem distinguir entre leis constitucionais e ordinárias, em seus arts. 10 e 11:

“Art. 10. Nenhum Estado pode se eximir das obrigações do tratado ou modificar as suas estipulações, senão com o acordo, pacificamente obtido, dos outros contratantes;”

“Art. 11. Os tratados continuarão a produzir os seus efeitos, ainda quando se modifique a constituição interna dos Estados contratantes. Se a organização do Estado mudar, de maneira que a execução seja impossível, por divisão do território ou por outros motivos análogos, os tratados serão adaptados às novas condições.”

Na mesma linha, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969), embora não ratificada pelo Brasil, determina a supremacia das normas convencionais:

---

<sup>14</sup> *United Nations Treaty Series*, vol. 1155, p. 331.

<sup>15</sup> Art. 46, item 1: “Um Estado não poderá invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação seja manifesta e diga respeito a uma regra de seu direito interno de importância fundamental.”

<sup>16</sup> Promulgada pelo Decreto nº 18.956, de 22.10.1929.

“Art. 27. Direito interno e observância de tratados. Uma Parte não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.”

Este último, já citado, diz respeito à inconstitucionalidade formal de um tratado<sup>17</sup>.

A doutrina, por longo tempo, discutiu se prevaleceria a norma constitucional ou a convencional. Oscar Tenório, apesar de reconhecer que prevalecia, na Europa, posição segundo a qual as mudanças constitucionais não invalidavam os tratados, desautorizava a tese no Brasil, por aqui se adotar a idéia de supremacia constitucional (“O sistema da supremacia constitucional que adotamos determina que os tratados e convenções se ajustem à Constituição”)<sup>18</sup>. Para o internacionalista, sempre prevaleceria a norma constitucional, fosse ela anterior – caso em que o tratado sempre terá sido

17 É de se destacar que os tribunais internacionais também conferem superioridade ao direito internacional. É esclarecedora a passagem de João Grandino Rodas: “Embora considere a lei interna como simples fato, a jurisprudência internacional tem sufragado o primado do Direito Internacional. Lembrem-se da Corte Permanente de Justiça Internacional inter alia, a sentença no caso Winbleton de 1923 e o parecer consultivo no caso das comunidades greco-búlgaras de 1930. Da Corte Internacional de Justiça, a sentença sobre o ouro monetário, de 1954. Os laudos arbitrais também têm trilhado o mesmo caminho.” [João Grandino Rodas, A Constituinte e os Tratados Internacionais, *Revista dos Tribunais* 624:48, 1987].

18 Oscar Tenório, *Direito Internacional Privado*, vol. I, 11ª ed., 1976, p. 93. Do mesmo autor, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 2ª ed., 1955, p. 86: “Pela natureza do sistema constitucional brasileiro, o tratado perde sua força apenas quando colide com a Constituição Federal. Todavia, modernas correntes doutrinárias sustentam a supremacia dos textos convencionais. Numa colisão entre o texto da Constituição e o tratado, dá-se preferência a êste. As regras convencionais anteriores a uma Constituição continuam em vigor, ainda que o Poder Constituinte tenha adotado princípios incompatíveis com os tratados em vigor. E vão além, afirmando que tratados celebrados posteriormente à Constituição são válidos, ainda que as suas regras colidam com o texto constitucional. São os adeptos da supremacia do direito internacional que defendem êsses princípios. Campo de pura doutrina, em contraste com o direito positivo interno. Tratados inconstitucionais no Brasil, sendo a inconstitucionalidade decretada pelo Judiciário, não obrigam. E o Estado contratante estrangeiro não encontrará, na órbita jurídica brasileira, meios coactivos para o cumprimento do direito convencional inconstitucional. A matéria cai no âmbito da responsabilidade internacional, sujeita às medidas e aos remédios que o direito das gentes possuem.”

inválido no país – ou superveniente ao tratado – de vez que a nova ordem fundada pela Carta Política não tolera, salvo ressalva expressa, disposição anterior que lhe contrarie. Sua obra não ignora que a tese da supremacia da Constituição pode ensejar conseqüências para o Estado no plano internacional<sup>19</sup>. Acrescenta o autor, todavia, que há diferenças na responsabilização do Estado pelo descumprimento dos compromissos internacionais conforme a Constituição seja anterior ou posterior ao tratado, uma vez que, no primeiro caso, a incompatibilidade deveria ser conhecida do contratante estrangeiro. Alguns ordenamentos jurídicos, notadamente na União Européia, prevêm inclusive que o tratado somente poderá ser *celebrado* após as devidas reformas constitucionais que extingam as incompatibilidades.

No mesmo sentido era a opinião de Carlos Maximiliano, para quem nenhum ato normativo – interno ou internacional – poderia subsistir validamente se contrariasse a lei suprema do país<sup>20</sup>. José Francisco Rezek, ex-ministro do Supremo e até recentemente juiz da Corte Internacional de Justiça, igualmente defende a precedência hierárquica do texto constitucional sobre os tratados e convenções, *in verbis*:

*Assim, posto o primado da Constituição em confronto com a norma pacta sunt servanda, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder.*

*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.*

19 “O critério é jurídico nos países que estipulam a suprema autoridade da Constituição; acarreta às vezes graves conseqüências à vida dos Estados. Não podemos conceber absolutamente uma sociedade internacional – escreve FE-DOZZI – por mais desorganizada que seja, sem uma qualificação da superioridade do seu direito em confronto com o direito do Estado, a não ser que se pretenda eliminar a cooperação e as obrigações internacionais.” [Oscar Tenório, *Direito Internacional Privado*, vol. I, 11ª ed., 1976, p. 96].

20 Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 10ª ed., 1988, p. 314.

*Tão firme é a convicção de que a lei fundamental não pode sucumbir, em qualquer espécie de confronto, que nos sistemas mais obsequiosos para com o Direito das Gentes, tornou-se en-contrável o preceito segundo o qual todo tratado conflitante com a Constituição só pode ser concluído depois de se promover a necessária reforma constitucional.*<sup>21</sup>

Jacob Dolinger utiliza, ainda, o argumento da ordem pública internacional para chegar à mesma conclusão<sup>22</sup>.

Ressalve-se a posição divergente de Haroldo Valladão. Fazendo analogia com o modelo de um Estado Federal – em que se verifica o primado da Constituição Federal sobre as normas locais e mesmo sobre as outras normas federais –, Valladão erige ao centro do ordenamento jurídico internacional os princípios básicos e gerais do direito internacional, o *jus cogens*. Todas as normas contrárias a estes preceitos internacionais básicos, inclusive aquelas constantes de tratados internacionais e Constituições dos Estados, seriam inválidas e ineficazes. Logo em seguida viriam as normas convencionais – cuja diferença para as normas internas não seria de ordem material, mas apenas formal, de fontes. Para o autor, tratado, Constituição e lei não se separariam pelo objeto, mas pelo grau de obrigatoriedade de cada um, prevalecendo as fontes nesta ordem. No entanto, acrescenta uma sutileza de ordem temporal à questão do conflito entre a Constituição e convenção:

*Em conclusão: a disposição interna, mesmo de natureza constitucional, não poderá ser observada se contraria preceito em vigor de direito internacional básico, geral, ou de direito inter-*

*nacional convencional: de tratado válido e vigente. Assim, prevalecem as regras dos tratados anteriores ao texto constitucional; só não prevalece a norma internacional convencional que vier a ser aprovada e ratificada após a vigência do texto constitucional que a ela se opõe, pois nesse caso decorreria dum ato internacional inválido, não vigorante, pois não podia ter sido aprovado nem ratificado.*<sup>23</sup>

Alguns autores de direito internacional público esposam a tese da supremacia do Direito Internacional inclusive sobre a Constituição Federal<sup>24</sup>. Dentre eles, destacam-se Vicente Marotta Rangel<sup>25</sup>, Hildebrando Accioly e Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva<sup>26</sup>.

23 Haroldo Valladão, *Direito Internacional Privado*, vol. I, 5ª ed., 1980, p. 96. Luís Roberto Barroso ressalva que poderiam subsistir algumas dúvidas, ao afirmar que “a dicção pura e simples da cláusula constitucional, tal como vem sendo reproduzida nos diferentes diplomas, não infirma, prima facie, a tese defendida por Haroldo Valladão (...). É que, em verdade, ao prever declaração de inconstitucionalidade de tratado, o texto constitucional só pode estar-se referindo àquele que seja posterior à Constituição. Isso porque, consoante regra consolidada do direito constitucional intertemporal brasileiro, não se declara a inconstitucionalidade de preceito anterior à Constituição (...). Portanto, a Lei Maior não dirime a dúvida sobre a possibilidade de o tratado anterior prevalecer, mesmo que contraste com a nova ordem constitucional.” [Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 6ª ed., 2004, p. 30], embora as afaste peremptoriamente com base em decisões do Supremo, que reiteradamente decide no sentido da supremacia da Constituição, sejam-lhe os tratados anteriores ou posteriores.

24 Ainda que não seja defensor da tese, Luís Roberto Barroso aponta os argumentos da corrente, salientando que, irrestrito, o Poder Constituinte poderia violar alguns dos preceitos mais básicos da humanidade: “Seria possível cogitar, em um primeiro lance de vista, da invalidade de norma constitucional que se encontrasse em confronto com determinadas normas internacionais fundamentais, emanadas dos princípios gerais do direito e dos costumes dos povos civilizados. Tal seria o caso de preceitos que estabelecessem a submissão jurídica de um país vizinho (...). Igual juízo recairia sobre uma disposição que pregasse o genocídio. (...) De fato, a idéia da soberania ilimitada do poder constituinte não merece abrigo. Não é possível emprestar à Constituição todo e qualquer conteúdo, sem atender a quaisquer princípios, valores e condições.” [Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 6ª ed., 2004, p. 20-1]. Entretanto, reconhece o autor que esta discussão é muito mais sociológica do que propriamente jurídica, sobretudo ao se levar em conta o ordenamento jurídico-positivo brasileiro.

25 Vicente Marotta Rangel, *Os Conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais*, *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* 45-

21 José Francisco Rezek, *Direito dos Tratados*, 1984, p. 462.

22 “O Código Bustamante, em seu art. 4º, classifica os preceitos constitucionais na categoria de leis de ordem pública internacional. Ora, considerando que as Convenções de Direito Internacional Privado respeitam a ordem pública internacional de cada país signatário, contendo sempre um dispositivo expresso com esta ressalva, conclui-se que quando uma regra convencional ferir norma constitucional, não poderá prevalecer em consideração à ordem pública internacional do foro. Este argumento é válido mesmo na hipótese de a Constituição ser promulgada quando já vigente o diploma internacional.” [Jacob Dolinger, *Direito Internacional Privado – Parte Geral*, 7ª ed., 2003, p. 97]. O autor credita esta observação ao Professor Luís Roberto Barroso.

Hoje a doutrina e a jurisprudência brasileiras são quase unânimes quanto à solução desse tipo de conflito: tem-se entendido que prevalece a Constituição, sem atentar para qualquer critério cronológico. É de se ressaltar que tratado celebrado em desconformidade com o que prevê a Constituição vigente pode ser dito inválido, ao considerarmos que a Constituição é a ele superior. Contudo, caso a incompatibilidade com o texto da Lei Maior se dê em razão de Constituição posterior, não falamos em revogação do ato internacional, uma vez que, tecnicamente, o tratado não perde a sua vigência até ser formalmente denunciado, sendo melhor dizermos que o tratado não mais será aplicado.

6:29: "por força da noção de unidade e solidariedade do gênero humano, haveria uma prevalência hierárquica da norma internacional sobre as leis internas. Por consequência, as normas internacionais prevaleceriam inclusive sobre as constitucionais (...)." Apesar de defender que o Estado não deve se submeter, pura e simplesmente, à ordem internacional, mas buscar com ela se harmonizar, numa influência recíproca, a posição do autor mostra, na prática, prevalência do direito internacional.

26 Para este último, "a própria lei constitucional não pode isentar o Estado de responsabilidade por violação de seus deveres internacionais." [Hildebrando Accioly e Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, *Manual de Direito Internacional Público*, 1996, p. 56-7]. O autor traz à baila julgados da Corte Permanente de Arbitragem da Haia, em que foi decidido que os direitos internacionais dos estrangeiros não poderiam ser restringidos por disposições constitucionais nacionais, e da Corte Permanente de Justiça Internacional, onde se asseverou que "um Estado não pode invocar contra outro Estado sua própria Constituição para se esquivar de obrigações que lhe incumbem em virtude do direito internacional ou de tratados vigentes." Não partilhando desse ponto de vista, afirma Celso Mello, sobre a possibilidade de o STF declarar a inconstitucionalidade de tratados: "O dispositivo em si nos parece saudável, mas tememos no tocante à sua aplicação e Os nossos tribunais são em matéria de DIP absolutamente 'leigos' como os juristas brasileiros, com raras exceções; não sabem se utilizar do DIP." [Celso de Albuquerque Mello, *Curso de Direito Internacional Público*, vol. I, 14ª ed., 2002, p. 123-4]. Celso Mello, afirmou que "confesso que o DI para mim é supraconstitucional. É preciso que o D. Interno o respeite e só assim haverá uma ampla proteção do homem contra seu próprio estado e grupos econômicos poderosos. (...) A nossa posição se aproxima da defendida na Alemanha ou em Portugal de que os direitos humanos formam uma ordem supralegal, ou mais precisamente da Holanda de que é uma ordem de valores supraconstitucional." [*Id.*, p. 807-8].

O próprio texto constitucional parece deixar claro que este é o entendimento a ser seguido<sup>27</sup>. Confira-se a dicção dos arts. 102 e 105 CF:

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

.....  
III – julgar, mediante recurso, extraordinário, as causas decidi-  
das em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

.....  
b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;"<sup>28</sup>

"Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

.....  
II – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única  
ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pe-  
los Tribunais dos Estados, dos Distrito Federal e Territórios,  
quando a decisão recorrida:

.....  
a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;"

Os tribunais superiores enfrentaram a questão do conflito entre a Constituição e tratados internacionais recentemente com relação a três temas principais que serão analisados a seguir:

i) conflito entre a CF e a Convenção de Varsóvia, quanto ao cabimento de indenização por dano moral:

A Constituição de 1988, encerrando longa controvérsia sobre a possibilidade de se indenizarem os danos de ordem moral, consagrou expressamente que esta espécie de dano merece total reparação, sem prejuízo da indenização pelos danos exclusivamente patri-

27 Desde a Constituição da República de 1891, admite-se a verificação da compatibilidade entre a letra do tratado e a da Constituição (art. 59, §1º, a).

28 Este dispositivo revela a possibilidade de qualquer órgão julgador declarar a inconstitucionalidade de norma de tratado internacional. Não se prevê a hipótese inversa – declarar a incompatibilidade de dispositivo constitucional em face de tratado internacional – de modo que resta consignada a supremacia da Constituição sobre as normas convencionais.

moniais (art. 5º, V e X). Todavia, a Convenção de Varsóvia sobre Transporte Aéreo Internacional, de 1929, ratificada pelo Brasil (promulgada pelo Decreto nº 20.704, de 24.11.1931), previa a reparabilidade de todos os danos *materiais*, inclusive estabelecendo uma tarifação (o extravio de bagagem, por exemplo, seria indenizado com a quantia de US\$ 400,00), sem fazer qualquer menção aos danos morais.

Afastando o argumento de que o conflito se daria apenas entre a citada convenção e uma lei ordinária (o Código de Defesa do Consumidor)<sup>29</sup>, o STF concedeu a indenização, prevista na própria CF/88, por dano moral, ao contrário do que estabelece a Convenção de Varsóvia:

*O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação, decorrentes do extravio da mala, cumpre observar a Carta Política da República – incisos V e X do art. 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil.*<sup>30</sup>

Os Tribunais estaduais, principalmente o do Rio de Janeiro, têm adotado posição nem sempre coincidente com esse entendimento manifestado pelo STF<sup>31</sup>.

29 “De qualquer maneira, na hipótese vertente, a entender-se que a Convenção de Varsóvia exclui a responsabilidade das companhias aéreas por danos morais, há de se ter presente que o conflito não se configuraria entre a citada convenção e lei emanada do Congresso Nacional, mas com a própria Carta da República, vindo à baila, assim, a supremacia desta (...)”

30 STF, DJU 21 fev. 1997, RE 172.720-9, Rel. Min. Marco Aurélio.

31 As decisões seguem as mais diferentes posições: da exclusão total da aplicação da Convenção de Varsóvia à não indenização dos danos morais, eis que não contemplados na convenção, passando por posição intermédia que vislumbra somente um conflito aparente de fontes (a questão se colocaria em termos de norma especial e norma geral, de forma que as normas da Convenção seriam especiais, para os danos materiais advindos das relações de transporte aéreo; ao lado delas, conviveria o Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo normas gerais para a indenização nas relações de consumo, em especial no que se refere aos danos morais, não contemplados na convenção e, por isso, não limitados por ela). TJRJ, DORJ 23 mai. 2002, AC 22.651/01, Rel. Des. Maurício Caldas Lopes: “(...) Transporte aéreo. Extravio de bagagem em viagem interna-

ii) Conflito entre a CF e a Convenção da OIT que trata da reintegração compulsória do trabalhador demitido sem justa causa

Durante muito tempo, no Brasil, como proteção à relação de emprego contra despedidas arbitrárias, os trabalhadores que completassem dez anos no mesmo emprego passariam a gozar de estabilidade, não podendo ser despedidos senão por prática de falta grave. Era o que dispunha o artigo 492 da CLT. Contudo, em 1966 surgiu, como opção para os trabalhadores, ao invés da estabilidade no emprego, uma indenização caso fossem despedidos (FGTS, Lei nº 5.107/66). Com a entrada em vigor da Constituição de 1988, deixou de existir a opção entre o FGTS e a estabilidade decenal, já que a CF/88 consagrou o FGTS como direito de todos os trabalhadores (art. 7º, I e III), o que se revelava incompatível com a estabilidade.

Posteriormente, o Brasil ratificou a Convenção nº 158 da OIT (promulgada pelo Decreto nº 1.855, de 10.04.1996), que previa a reintegração compulsória do trabalhador dispensado sem justa causa, o que traria de volta ao ordenamento nacional o instituto da estabilidade dos empregados. O STF apreciou ADIn<sup>32</sup>, ajuizada pela Confederação Nacional do Transporte e outro legitimado, re-

cional. O extravio de bagagem, somente restituída à transportada após seu regresso ao Brasil, (...) causa mais do que simples aborrecimento, ensejando reparação por dano moral. Convenção de Varsóvia. A circunstância de a Convenção de Varsóvia, de que é signatário o Brasil, não se referir à indenização outra que não a material, não conduz ao entendimento de que o dano moral decorrente do descaminho da bagagem do transportado não seja indenizável, mormente em face da Constituição da República, que não pode se ver derogada por tratados internacionais (...).” No mesmo sentido, TJRJ, DORJ 24 fev. 2000, AC 7.900/99, Rel. Des. Ademir Pimentel. Em sentido oposto, TJRJ, DORJ 06 mai. 2002, AC 1.281/02, Rel. Des. Marlan de Moraes Marinho: “Transporte aéreo internacional. Danos morais. Legislação aplicável. Art. 178, § 1º, da Constituição da República. A Convenção de Varsóvia não foi por nós denunciada nem o Código de Defesa do Consumidor a revogou. Em consequência, e por determinação de ordem constitucional expressa, é aplicável às questões decorrentes de transporte aéreo internacional. A circunstância de ter como regra a indenização tarifada, por uma questão lógica, exclui a pretensão relativa à reparação de danos morais. Sentença reformada, para julgar improcedente o pedido.”

32 STF, DJU 18 mai. 2001, ADIn 1.480-3/DF, Rel. Min. Celso de Mello.



lativamente à Convenção nº 158 da OIT, face à Constituição Federal, art. 7º, I, que dispõe:

“Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I — relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos (...).”

Tendo em vista o referido dispositivo, a incorporação da Convenção ao direito brasileiro padeceria de inconstitucionalidade material, ao adotar critério para a proteção das relações de emprego contra despedidas arbitrárias (estabilidade) oposto ao que está consubstanciado na Constituição (indenização). Nada obstante, questionou-se, ainda, a constitucionalidade formal da Convenção, uma vez que o art. 7º, I, CF, determinava que lei complementar disporia sobre a aludida proteção aos empregados. E, como já é consolidado na jurisprudência do Supremo, os tratados e convenções internacionais têm *status* de leis ordinárias, não podendo fazer as vezes de lei complementar<sup>33</sup>.

33 O Ministro Carlos Velloso, em voto de vista proferido no pedido de cautelar na ADIn 1.480/DF e reproduzido em obra doutrinária em comento às ações diretas de inconstitucionalidade da Convenção nº 158 da OIT [A Convenção n. 158-OIT: Constitucionalidade, *Revista LTr* nº 9, v. 61, 1997], apresenta entendimento divergente. De acordo com o Ministro, a incorporação do instrumento internacional dá-se com o *status* de lei: se lei ordinária ou complementar, depende de a Constituição atribuir aquela matéria a uma ou a outra, inexistindo entre elas hierarquia. Confira-se trecho do voto: “(...) celebrado o tratado ou a convenção (...), dá-se a sua incorporação ao direito interno, incorporação que se faz, tradicionalmente, mediante decreto do Presidente da República. Essa incorporação ocorre, de modo direto – já que a doutrina aqui adotada é a do monismo – na condição de norma infraconstitucional, vale dizer, na condição de lei. O que deve ser entendido é que a incorporação ocorrerá ou como lei ordinária ou como lei complementar.”

É que, todos sabemos, em certos casos a Constituição exige, para a regulamentação ou complementação da norma constitucional, lei complementar; noutros casos, lei, simplesmente. No primeiro caso, ter-se-á lei complementar; no segundo, lei ordinária. Mas o que deve ser compreendido é que lei constitui gênero, do qual lei complementar, lei ordinária, medida provisória e lei delegada são espécies. (...) E, finalmente, no artigo 69, [a Constituição] estabelece a única

O Min. Relator proferiu despacho no qual deixou claro o *status* dos tratados frente à Constituição. Invocando precedentes da Corte sobre a matéria<sup>34</sup>, admite o controle da constitucionalidade desses atos:

diferença existente entre lei ordinária e lei complementar, diferença puramente formal: as leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta (...).

A demonstrar que lei é gênero, do qual lei complementar, lei ordinária, lei delegada e medida provisória, no sistema constitucional brasileiro, são espécies, e que o tratado é equiparado ao gênero, e não a uma das espécies daquele, são as disposições constitucionais que estabelecem os pressupostos dos recursos extraordinário e especial, inscritas nos artigos 102, III, *b e c*, e 105, III, *a, b e c*, da Constituição. Lei, naquelas disposições constitucionais, é a lei ordinária, ou a complementar, ou a lei delegada ou mesmo a medida provisória. É que, nas referidas disposições, a Constituição se refere ao gênero. E mais: o tratado, na alínea *b*, do art. 102, III, e na alínea *a*, do art. 105, III, é posto em situação equivalente à lei, como gênero.

Então, se, para a regulamentação de determinada norma constitucional, exige a Constituição lei complementar, e se, no trato da matéria, celebra o Presidente da República um tratado, tratado que vem, justamente, regulamentar matéria constitucional dependente de lei complementar, aprovado este tratado pelo congresso nacional e incorporado ao direito interno, por decreto do Presidente da República, essa incorporação que ocorre como lei, nesse caso ocorrerá como lei complementar. É que, conforme já foi dito, lei é gênero, do qual lei ordinária, lei complementar, (...) constituem espécies.

(...) A diferença substancial, portanto, entre uma e outra reside nos campos de atuação de uma e de outra, sem, contudo, hierarquia.

(...) A Convenção n. 158/OIT, pois, incorporou-se ao direito brasileiro como lei complementar. Não há falar, em consequência, (...) em inconstitucionalidade formal da Convenção n. 158/OIT.”

34 “(...) o próprio Supremo Tribunal Federal, ao apreciar essa questão sob a égide da Carta Política de 1969, expressamente admitiu a sua competência para, em sede de fiscalização concentrada, efetuar a verificação em abstrato da constitucionalidade de atos internacionais, enfatizando que as regras acolhidas em Tratado ou convenção, ‘não obstante oriundas de instrumento internacional (...), não guardam validade na órbita interna, se afrontam preceito da Lei Magna’. [RTJ 84:724-40, Rel. Min. Djaci Falcão – grifei].” O caso trazido à baila pelo relator referia-se à Representação por Inconstitucionalidade 803/DF, em que se discutia a validade dos decretos legislativo e executivo (nº 33/64 e nº 58.826/66, respectivamente) que internalizaram a convenção nº 110 da 42ª Conferência Internacional do Trabalho, relativa às condições de emprego dos trabalhadores em fazendas, celebrada em Genebra em 1958. Esta convenção, ao cuidar da liberdade de associação sindical, exorbitava dos limites traçados pelas Constituições nacionais, pois preconizava, inclusive, total ausência de controle estatal quanto à forma de organização e disciplina sindical. No voto do relator, ainda se lê: “Se por um lado compete ao Poder Legislativo conhecer de Convenção

*Ação direta de inconstitucionalidade — Convenção nº 158/OIT — Proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa — Argüição de ilegitimidade constitucional dos atos que incorporaram essa convenção internacional ao direito positivo interno do Brasil (Decreto legislativo nº 68/92 e Decreto nº 1.855/96) — Possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de tratados ou convenções internacionais em face da Constituição da República — Alegada transgressão ao art. 7º, I, da Constituição da República e ao art. 10, I do ADCT/88 — Regulamentação normativa da proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, posta sob reserva constitucional de lei complementar — Conseqüente impossibilidade jurídica de tratado ou convenção internacional atuar como sucedâneo da lei complementar exigida pela Constituição (CF, art. 7º, I) — Consagração constitucional da garantia de indenização compensatória como expressão da reação estatal à demissão arbitrária do trabalhador (CF, art. 7º, I, c/c o art. 10, I do ADCT/88) — Conteúdo programático da Convenção nº 158/OIT, cuja aplicabilidade depende da ação normativa do legislador interno de cada país — Possibilidade de adequação das diretrizes constantes da Convenção nº 158/OIT às exigências formais e materiais do estatuto constitucional brasileiro — Pedido de medida cautelar deferido, em parte, mediante interpretação conforme a Constituição. Procedimento constitucional de incorporação dos tratados ou convenções internacionais.<sup>35</sup>*

Em setembro de 1999, o Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de medida cautelar para, em interpretação conforme a Constituição e até o final julgamento da ADIn, afastar qualquer entendimento contrário aos fundamentos jurídicos do voto do relator (Min. Celso de Mello) e que desconsiderasse o caráter meramente programático das normas da Convenção nº 158 da OIT<sup>36</sup>. Em ju-

Internacional, para que se transforme em lei (art. 66, I, da Constituição Federal de 1946, art. 44, I, da Constituição Federal vigente), por outro é irrecusável a competência do Poder Judiciário para dizer da constitucionalidade das leis (art. 119, I, letra b, da Constituição Federal). Estão, desse modo, sujeitas ao controle jurisdicional.”

<sup>35</sup> STF, DJU 18 mai. 2001, ADIn 1480-3/DF, Rel. Min. Celso de Mello.

<sup>36</sup> Cabe aqui fazer uma observação. Alguns doutrinadores, dentre eles o Ministro Carlos Velloso, no voto-vista supra citado, defendiam a constitucionalidade

nho de 2001, o Relator extinguiu o processo em razão da denúncia feita pelo Presidente da República à referida Convenção.

Em junho de 1997, foi ajuizada outra ADIn pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura questionando a constitucionalidade do Decreto nº 2.100, que tornou pública a denúncia da Convenção, alegando-se ser necessária a manifestação conjunta da vontade do Legislativo, nos termos do art. 49, I da CF<sup>37</sup>.

Em novembro de 2001, a Procuradoria Geral da República se manifestou, em parecer, pela improcedência da ação e, em 2 de outubro de 2003, o Min. Relator Maurício Corrêa proferiu voto julgando procedente o pedido em parte, conferindo ao referido decreto interpretação conforme o art. 49, I da CF, ou seja, entendendo que a vontade do Legislativo é essencial para a denúncia, da mesma forma como o é para a sua aprovação, no que foi acompanhado pelo Ministro Carlos Britto. Em 29 de março de 2006, votou o Ministro Nelson Jobim, abrindo a divergência e julgando improcedente o pedido<sup>38</sup>. Após o pedido de vista do Min. Joaquim Barbosa, o julgamento foi suspenso.

material da Convenção nº 158 da OIT com base no §2º do art. 5º Constituição Federal. Segundo esses autores, por versar sobre direitos e garantias fundamentais nas relações de emprego (direitos fundamentais sociais, de 2ª geração), as normas protetivas contidas na convenção teriam *status* constitucional, já que, de acordo com o dispositivo, os tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte podem agregar ao rol dos direitos fundamentais direitos não expressos na Constituição. Assim, a garantia à estabilidade no emprego, contida na Convenção internacional, seria independente da disposição contida no art. 7º, I, de sorte que representaria um direito adicional, sem prejuízo da indenização compensatória pela despedida arbitrária, inexistindo qualquer violação ao texto constitucional.

<sup>37</sup> STF, *Informativo STF* nº 323, ADIn 1.625/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa.

<sup>38</sup> Em 29 de março de 2006, Ministro Nelson Jobim iniciou a divergência, votando em sentido diverso do Ministro Relator. STF, *Informativo STF* nº 421, ADIn 1.625/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa: “O Tribunal retomou julgamento de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura — CONTAG e pela Central Única dos Trabalhadores — CUT contra o Decreto 2.100/96, por meio do qual o Presidente da República torna pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção 158 da OIT, relativa ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador — v. *Informativo* 323. O Min. Nelson Jobim, presidente, em voto-vista, divergiu do voto do relator para julgar improcedente o pedido formulado, por entender que o Chefe do Poder Executivo, em razão de representar a União na ordem internacional, pode, por ato isolado e sem anuência do Congresso Nacional, denunciar

iii) Conflito entre a CF e o Pacto de San José da Costa Rica, que não admite prisão civil por dívida

Há grande polêmica sobre a possibilidade de, nos termos da Constituição Federal em vigor, admitir-se a prisão civil do devedor fiduciante. Isso porque a Carta (art. 5º, LXVII) apenas admite a prisão civil em dois casos, dispondo que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.” A lei ordinária, por sua vez, determina que se equipare o devedor fiduciante ao depositário (art. 66 da Lei nº 4.728/65, com redação dada pelo art. 1º do Decreto-lei nº 911/69), já que o domínio e a posse indireta continuam a pertencer ao credor, em face da natureza do contrato.

Discute-se, assim, se a legislação ordinária pode acrescentar, às já previstas em sede constitucional, outras hipóteses em que caiba prisão civil por dívida, ainda mais tendo em vista a ratificação, pelo Brasil, do Pacto de São José da Costa Rica, que só admite prisão civil por inadimplemento de prestação alimentar. Mais do que isso, a questão envolveria, inclusive, a possibilidade da prisão civil do depositário infiel, contemplada na Constituição, mas excluída da sistemática da Convenção<sup>39</sup>.

tratados, convenções e atos internacionais. Ressaltou estar englobada, no ato de aprovação do tratado, pelo Congresso Nacional, a aceitação tácita da possibilidade de o Poder Executivo denunciar, salientando que, na espécie, a denúncia se fez, inclusive, com base na expressa previsão do art. 17 da própria Convenção. Esclareceu que compete privativamente ao Presidente da República, nos termos do art. 84, VIII, da CF, celebrar os tratados, convenções e atos internacionais, ou seja, assumir obrigações internacionais e que, embora caiba ao Congresso Nacional a aprovação dos mesmos (CF, art. 84, in fine e art. 49, I), por meio de decreto, sua função, nessa matéria, é de natureza negativa, eis que não detém o poder para negociar termos e cláusulas ou assinar, mas apenas evitar a aplicação interna de tais normas. Ademais, o decreto legislativo não tem o condão de, por si só, incorporar o tratado internacional no direito interno, o qual depende da ratificação posterior do Presidente da República. Com base nisso, afirmou que o princípio da harmonia entre os Poderes Executivo e Legislativo, nesse caso, confere predominância ao Chefe do Poder Executivo, porquanto somente a ele compete o juízo político de conveniência e oportunidade na admissão do tratado internacional no âmbito interno.” O julgamento foi suspenso com o pedido de

39 Flavia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Internacional*, 6ª ed., 2004, p.

O STF tem reiteradamente julgado possível a prisão civil do devedor fiduciante, já que a legislação ordinária o equipara ao depositário<sup>40</sup>:

*Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§2º do art. 5º da CF) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, n. 7, do pacto de São José da Costa Rica (“ninguém deve ser detido por dívida”; “este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação*

75 e ss.; Celso Mello também defendia que as normas internacionais de direitos humanos formam uma ordem superior ao direito interno com base na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e na prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais do Brasil (art. 4º, II), de sorte que chegava a igual conclusão: não seria possível a prisão civil senão nas hipóteses em que autorizada pelas convenções. [Celso de Albuquerque Mello, *Curso de Direito Internacional Público*, vol. I, 14ª ed., 2002, p. 807-8]. Todavia, a Emenda Constitucional nº 45/2004, no art. 5º §3º estabeleceu: “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.” Assim, não basta que o tratado seja de direitos humanos, mas que o seu quórum de aprovação tenha sido o de uma emenda constitucional.

40 STF, DJU 29 jun. 2001, RE 302.624-1/MG, Rel. Min. Moreira Alves: “Recurso extraordinário. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil. Esta Corte, por seu Plenário (HC 72.131), firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel. Esse entendimento voltou a ser reafirmado recentemente, em 27.05.98, também por decisão do Plenário, quando do julgamento do RE 206.482. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Inconstitucionalidade da interpretação dada ao artigo 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica no sentido de derogar o Decreto-Lei 911/69 no tocante à admissibilidade da prisão civil por infidelidade do depositário em alienação fiduciária em garantia. É de observar-se, por fim, que o § 2º do artigo 5º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, e isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

*alimentar") deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição.*<sup>41</sup>

Com algumas exceções, o STJ tem adotado na maior parte das vezes entendimento contrário, decidindo ser incabível tal prisão<sup>42</sup>.

41 STF, DJU 20 set. 1996, HC 73.044-2/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa. No voto do Relator, o Ministro consigna que: "não empresto ao art. 7º, item 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) o elastério que se pretende dar ao seu conteúdo, a pretexto do §2º do art. 5º da CF, sobre os direitos e garantias concedidos pelo Ordenamento Constitucional, a respeito dos compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (...).

Uma norma decorrente de tratado, face à Constituição, pode perfeitamente padecer de vício de inconstitucionalidade e, pois, sujeitar-se ao controle do Supremo Tribunal Federal (...).

A adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos se deu à vista harmônica com a Constituição Brasileira e em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, sem querer significar que o instituto contemplado no Decreto-Lei nº 911/69 restaria inaplicável, inexistente, em face da norma sobre prisão civil a que se reporta a convenção no citado art. 7º.

A alienação fiduciária se consolida no depósito, e, portanto, na prisão. (...) Não vejo diferença nas duas situações. Pois tanto uma quanto a outra são produtos da construção do direito civil, com base em lei infraconstitucional, não atentatória ao enunciado no inc. LXVII do art. 5º da CF, porque nele prevista a figura do depositário infiel". Destacamos a posição minoritária do Ministro Marco Aurélio, para quem os dois contratos possuem particularidades que impedem a sua equiparação, o que leva à conclusão de que as exceções à impossibilidade da prisão civil não são passíveis de elastecimento por legislação ordinária. O Ministro defende a inaplicabilidade do Decreto-lei 911/69: a convenção internacionalizada, passando a vigorar como lei ordinária, "implicou a derrogação do Decreto-Lei nº 911/69, no que se tinha como abrangente da prisão civil na hipótese de alienação fiduciária."

42 STJ, DJU 28 fev. 2000, Embargos de Divergência em RE 149.518/GO, Rel. Min. Ruy Rosado: "Alienação fiduciária. Prisão civil. Não cabe a prisão civil do devedor que descumpra contrato garantido por alienação fiduciária. Embargos acolhidos e providos"; STJ, DJU 05 jun. 2000, HC 7.859/SP, Rel. Min. Sálvio F. Teixeira: "Habeas Corpus. Alienação fiduciária. Prisão civil. Descabimento. Orientação da Corte Especial. Concessão da ordem. A partir do julgamento dos EREsp 149.519-GO [rectius: 149.518] julgados em 05/05 /99 (DJU 28 fev. 00), a Corte Especial, modificando o entendimento anterior em relação ao tema, consolidou a orientação de que incabível a prisão civil em alienação fiduciária, em razão da inocorrência de relação de depósito." Em sentido oposto: STJ, DJU 04 ago. 2003, Recurso Ordinário em HC 14.423/MG, Rel. Min. A. de Pádua Ribeiro: "(...) I. - O Pacto de São José da Costa Rica não derrogou as normas

## *b) conflito entre lei e tratado*

Para uma correta compreensão da questão, há que se fazer menção ao já conhecido debate que opõe monistas e dualistas, cada corrente capitaneada por juristas de igual renome.

Os dualistas, liderados por Triepel e Anzilotti, defendiam que as ordens interna e internacional compõem sistemas jurídicos independentes e desconectados; numa imagem, seriam como círculos que não se sobrepõem, apenas se tangenciando. Por disciplinarem matérias diversas – as relações internacionais do Estado e as normas aplicáveis às relações dentro do país –, não haveria confusão e nem conflito entre as fontes internas e internacionais. Ao ser parte em um tratado, o Estado se obriga perante outras pessoas jurídicas estrangeiras, sem que isso influencie o seu ordenamento jurídico interno; para fazer valer as disposições convencionais no plano intra-estatal, o Estado deveria, através de lei interna, reproduzi-las (transformação ou adoção). Desta forma, no âmbito interno de cada Estado, prevalece o direito criado pelos seus atos normativos. Eventual conflito se dará entre duas normas internas e a solução é dada pelo critério cronológico. Esta proposição também é denominada pluralismo, dado que as ordens jurídicas seriam várias: a internacional e a de cada Estado.

No Brasil, Amílcar de Castro foi o grande defensor desta teoria, no que foi apoiado por alguns tratadistas de direito comercial, mas não pela maior parte dos internacionalistas. Para este autor, o tratado assinado e ratificado apenas obriga o Estado em suas relações externas com outros países, não prescindindo de uma "ordem de execução" – ato de direito nacional – para se converter em norma coercitiva interna e ser obedecido pelo povo e pelos tribunais:

*Este [o tratado] só opera na ordem internacional, que é independente da nacional, e entre ordens independentes não podem as normas de uma provir da outra. É aceitável por isso a opinião de Anzilotti no sentido de que 'as normas internacionais não podem influir sobre o valor obrigatório das normas internas, e vice-versa'. (...) tratado não é lei; é ato internacional, que obri-*

infraconstitucionais sobre a prisão civil de depositário infiel. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal."

ga o povo considerado em bloco; que obriga o governo na ordem externa, e não o povo na ordem interna. Não é admissível que um só ato, ao mesmo tempo, possa ser tratado e ato legislativo ordinário; nem se concebe que um tratado normativo se converta em ato legislativo (lei ou decreto), formas jurídicas inconfundíveis, e inconversíveis, cada qual com sua esfera própria de ação. O tratado explana relações entre governantes (horizontais, sendo as pessoas coordenadas), enquanto a lei e o decreto explicam relações do Governo com seus súditos (verticais, entre subordinante e subordinados).<sup>43</sup>

A opinião não pode subsistir hoje, e a própria realidade das relações internacionais modernas rechaça a tese. Como explicar que as normas oriundas de convenções sobre direitos humanos não se aplicam à esfera dos particulares antes de transformadas em lei? Como pretender que as normas protetivas dos trabalhadores, estabelecidas nas convenções da OIT, apliquem-se entre Estados, mas não diretamente na relação patrão-empregado?

Opondo-se a esta concepção, Hans Kelsen, precursor da escola monista, rejeitava a idéia de que as ordens interna e internacional fossem totalmente apartadas. Mesmo reconhecendo que certas matérias são da alçada exclusiva do direito internacional, isto é, do acordo entre Estados, Kelsen defendia que o oposto não era verdade: tudo aquilo que pode ser regulado pelo direito interno também pode sê-lo pelo direito internacional. Desta forma, é inevitável a superposição entre os sistemas, de sorte de que se deve encontrar uma disciplina harmônica para ambos.

Dentro da teoria monista – que defende a integração entre direito interno e internacional –, logo surgiram diferentes linhas de pensamento. A primeira delas, que teve em Kelsen o principal articulador, propugnava a supremacia do direito internacional sobre o interno. A teoria coaduna-se com a visão do autor, de escalonamento do sistema jurídico (pirâmide de normas), onde o ato normativo de hierarquia inferior encontra o seu fundamento de validade naquele que lhe é imediatamente superior. A Constituição do Estado, a maior fonte normativa interna, reporta-se, em última análise, ao direito internacional, que dá a orientação sobre a

43 Amílcar de Castro, *Direito Internacional Privado*, 5ª ed., 1996, p. 123-4.

legitimidade da sua autoridade. Neste sentido, sobressai como a norma fundamental (*Grundnorm*) para um Estado o dever de honrar os compromissos que assumiu no plano internacional (*pacta sunt servanda*); este seria o ápice da pirâmide normativa. Todavia, moderou o radicalismo original e passou a admitir que um ordenamento interno pudesse prever a prevalência de suas disposições sobre aquelas do direito convencional, o que, na prática, deixava a solução para o ordenamento de cada Estado. O monismo radical subdividiu-se, portanto, em duas correntes: uma que advogava a supremacia do direito internacional, e outra que propunha que prevaleceriam as normas internas. Entretanto, esta última escola não ganhou corpo, em virtude das suas semelhanças com o dualismo, tendo sido por ele absorvida.

Uma outra corrente, denominada de monismo moderado, equipara hierarquicamente direito interno e internacional: a prevalência de um ou outro, no caso concreto, dependerá da ordem cronológica de sua criação (*lex posterior derogat priori*). Curiosamente, esta teoria foi criada por um discípulo de Kelsen, Alfred Verdross, que chegou mesmo a abrandar o radicalismo de seu mestre. O monismo moderado encontrou na obra de José Francisco Rezek<sup>44</sup> a sua principal voz na doutrina brasileira.

A maioria da doutrina internacionalista brasileira perfilhou-se à escola monista radical, defendendo a supremacia das fontes internacionais, independentemente de serem elas anteriores ou posteriores às internas. Como consequência, as leis internas anteriores ao tratado e que com ele conflitassem seriam revogadas; ao mesmo tempo, caso sejam supervenientes ao instrumento internacional, só seriam aplicadas se com ele não entrassem em contradição, uma vez que os Estados não se poderiam furtar a cumprir os compromissos assumidos com os outros Estados<sup>45</sup>. Esta conclusão faria ser

44 "Abstraida a constituição do Estado, sobrevive o problema da concorrência entre tratados e leis internas de estatura infraconstitucional. A solução, em países diversos, consiste em garantir a prevalência aos tratados. Noutros, entre os quais o Brasil contemporâneo, garante-se-lhes apenas um tratamento paritário, tomadas como paradigma as leis nacionais e diplomas de grau equivalente." [José Francisco Rezek, *Direito dos Tratados*, 1984, p. 463].

45 Esta é a posição, por exemplo, de Hildebrando Accioly. [Hildebrando Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público* apud Jacob Dolinger, *As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os Conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: Um Exercício de Ecletismo*, *Revista Forense* 334:80].

aplicado o Código Bustamante, de 1928, sempre que houvesse conflito entre ele e a Lei de Introdução ao Código Civil, fosse a de 1917 ou a de 1942.

A fortalecer este argumento, o Código Tributário Nacional consagra a superioridade dos tratados sobre as fontes internas no seu artigo 98, dispondo que: "Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha."

Para Haroldo Valladão, o dispositivo do CTN excede o campo do sistema tributário, sendo uma orientação para todo o ordenamento jurídico. Como argumento, invoca que o direito internacional tem um instrumental próprio para que um tratado não mais seja aplicável a um Estado – a denúncia<sup>46</sup>. Assim é que não poderia pretender um país furtar-se a cumprir as obrigações na órbita internacional alegando o seu direito interno (neste sentido dispunha o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969). Nem a lei nacional e sequer a Constituição<sup>47</sup> poderiam revogar disposições das convenções internacionais, em detrimento de um mecanismo que desse segurança aos outros Estados quanto ao direito vigente em cada um.

Ao orientar-se de acordo com este entendimento, exceto quanto à Constituição, Oscar Tenório ainda acrescentava um refinamento à tese: embora o tratado prevalecesse, não teria o condão de revogar a lei anterior; o tratado somente suspender-lhe-ia os efeitos, temporariamente, voltando a lei a ser aplicada caso o Estado o

---

Accioly acrescenta, ainda, que a relação entre lei interna e disposição de tratado é a de lei geral e lei especial, de modo que sequer haveria conflito, propriamente dito: a norma contratual é especial porque destinada a reger as relações apenas com os Estados contratantes, convivendo o tratado ou a convenção como exceção à norma geral, aplicável a todos os outros casos.

<sup>46</sup> "Ademais, a norma internacional tem sua forma própria de revogação, a denúncia, só pode ser alterada por outra norma de categoria igual ou superior, internacional ou supranacional, e jamais pela inferior, interna ou nacional." [Haroldo Valladão, *Direito Internacional Privado*, vol. I, 4ª ed., 1974, p. 94]. No mesmo sentido é a opinião de Oscar Tenório, para quem "A teoria da prevalência da lei sobre os tratados anteriores contém no seu bojo a fraude à competência do Presidente da República, a quem cabe denunciar os tratados." [Oscar Tenório, *Direito Internacional Privado*, vol. I, 11ª ed., 1976, p. 95].

<sup>47</sup> Quanto à posição de outros autores em relação ao conflito Constituição e tratado, remetemos ao item "a", *supra*.

denunciasse regularmente. Em suas palavras, "o tratado suspende momentaneamente a vigência da lei apenas nas relações entre os contratantes<sup>48</sup>." Alinhando-se também aos monistas radicais, Vicente Marotta Rangel fundamenta a posição e traz o argumento do direito comparado – as cortes internacionais e os tratados e convenções optam claramente pela supremacia dos tratados em face das leis internas, e a mesma posição adotam os ordenamentos internos de muitos outros países, bem como sua jurisprudência e parcela significante da doutrina<sup>49</sup>.

Celso de Albuquerque Mello era outro ferrenho defensor do primado do direito internacional, criticando a fórmula conciliatória adotada por parte da doutrina, que considerava que lei posterior modificaria a matéria, mas poderia ensejar a responsabilidade internacional do Estado. Para o ilustre internacionalista, seria um contra-senso admitir que o mesmo Estado se sujeitaria a duas normas contraditórias, estando, ao mesmo tempo, desobrigado de obedecer ao tratado e sendo punido por isto<sup>50</sup>.

Em sede normativa, não cessam as polêmicas. Com relação às Constituições anteriores, a posição topográfica das expressões "Constituição", "tratado" e "lei" foi utilizada como argumento por

---

<sup>48</sup> Oscar Tenório, *Direito Internacional Privado*, vol. I, 11ª ed., 1976, p. 93. Na edição de 1955 de seus comentários à Lei de Introdução ao Código Civil, o autor ainda não fazia a sutil distinção, escrevendo que: "ao Poder Legislativo não cabe revogar o tratado, embora o tratado se integre no sistema jurídico do país. O tratado, segundo a teoria de Niboyet, é obra do governo, e a denúncia do tratado é essencialmente ato do governo. A participação do legislativo é simplesmente a de autorizar o presidente de República a dar força legal ao tratado, autorização que fica ao seu exclusivo arbítrio usá-la. Se a lei não pode modificar o tratado, porque seria sacrificar o princípio constitucional da separação dos poderes (sendo o tratado ato do governo), a rigor teríamos de acolher a tese de que o tratado, por sua vez, não revoga ou modifica a lei. Entretanto, por uma construção doutrinária liberal, consideramos que o ato do governo autorizado pelo Parlamento traduz a vontade deste, de indireta atividade legislativa, no sentido de declararmos norma o ato de governo. Neste caso, como temos admitido, o tratado revoga tacitamente a lei, que esteja em contradição com ele." [*Id.*, p. 85-6].

<sup>49</sup> Vicente Marotta Rangel, Os Conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais, *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* 45-6/29-61, 1967.

<sup>50</sup> Celso de Albuquerque Mello, *Curso de Direito Internacional Público*, vol. I, 15ª ed., 2004, p. 128.

monistas radicais e moderados<sup>51</sup>. Quando da elaboração da atual Carta, era clara na Assembléia Constituinte a existência de adeptos das duas correntes monistas, uma a adotar a superioridade dos tratados, e a outra, o critério cronológico. Jacob Dolinger, em importante estudo sobre o conflito de fontes, traz as sugestões de alguns dos principais juristas do país, que pretendiam incluir no Texto um artigo que preveria a supremacia das fontes internacionais sobre as leis internas<sup>52</sup>.

O texto final da Constituição não acatou qualquer das sugestões, mantendo-se omissa na matéria. Por isso, quanto ao conflito entre lei ordinária e tratado, não há uniformidade entre a posição de nossa doutrina e o que decidem os tribunais, que têm preferido claramente o monismo moderado: tratado e lei federal possuem a mesma hierarquia, logo, a prevalência de um ou outro se regula pela sucessão no tempo.

Uma das primeiras menções jurisprudenciais sobre a matéria é o voto vencido do Ministro Relator Philadelpho de Azevedo, num acórdão do STF de 1944, onde deixou clara a sua preferência pela supremacia do direito internacional, que não poderia ser revogado unilateralmente por um Estado através da sua legislação ordinária<sup>53</sup>. Posteriormente, em decisão do mesmo tribunal, no caso

51 Com base no dispositivo que atribuía ao STF a competência para julgar recurso extraordinário quando a decisão contrariasse a Constituição ou tratado ou lei, os moderados afirmavam que os termos "tratado" e "lei" estavam juntos para indicar a equivalência normativa entre ambos. Por outro lado, os radicais esposavam tese segundo a qual o fato de o constituinte usar os termos nesta ordem indicaria a prevalência do primeiro (tratado) sobre o segundo (lei), ambos inferiores à Constituição, que aparece em primeiro lugar.

52 Jacob Dolinger, *As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os Conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: Um Exercício de Ecletismo*, *Revista Forense* 334:83, onde o autor reproduz as sugestões de Celso de Albuquerque Mello, Luís Ivani de Amorim Araújo e João Grandino Rodas. Este último critica expressamente a omissão do texto constitucional, que deixa o país à mercê de eventual responsabilização internacional por deixar de reconhecer eficácia interna a uma norma convencional a que esteja obrigado [João Grandino Rodas, *A Constituinte e os Tratados Internacionais*, *Revista dos Tribunais* 624:49, 1987].

53 AC 7.872, *Arquivo Judiciário* 69:13-25. Em decisões posteriores sobre a mesma matéria, o Supremo julgou que o tratado – entre o Brasil e o Uruguai acerca de tributos – era norma especial, que convivia como exceção à regra geral nacional, que lhe era posterior.

União Federal *vs.* Cia. Rádio Internacional do Brasil, optou-se pela impossibilidade de o tratado vir a ser revogado por leis posteriores, *salvo se estas o fizerem expressamente ou se o Estado o denunciar*<sup>54</sup>.

Em hipótese que versava sobre conflito entre tratado posterior e legislação ordinária em matéria de cheque, o Supremo superou as discussões sobre a entrada em vigor da lei uniforme diretamente ou somente se houvesse lei interna a adotar as mesmas disposições, decidindo pela prevalência do tratado<sup>55</sup>. Depois deste acórdão paradigmático, a Corte estatuiu que a convenção internacional poderia revogar total e parcialmente e modificar a legislação interna, afirmando que as convenções de direito uniforme aplicam-se também aos nacionais do Estado nas suas relações internas e não somente nas relações do país ou de seus cidadãos com nacionais de outro Estado ratificante da convenção<sup>56</sup>. O precedente mais famoso do STF a respeito foi o RE nº 80.004, cuja ementa determina:

*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*

54 AC 9.587, *Revista de Direito Administrativo* 34:106-10. Além disso, outro argumento utilizado foi o fato de o tratado bilateral estabelecer exceções à lei geral interna.

55 STF, *DJU* 27 ago. 1971, RE 71.154/PR, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro: "Lei Uniforme sobre o cheque, adotada pela Convenção de Genebra. Aprovada esta Convenção pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna." No caso, um credor de um cheque pretendia não fosse aplicada a Lei Uniforme de Genebra, de 1931, e sim o Decreto nº 2.044/1908, que até então regia a matéria e lhe era mais favorável. O STF afastou a argumentação e acolheu a possibilidade de o tratado modificar legislação interna anterior. O relator, Ministro Oswaldo Trigueiro, utilizou o argumento de que, tendo sido aprovada a convenção pelo Congresso Nacional, o mesmo órgão que promulga leis, através do mesmo processo legislativo, seria totalmente despiciendo exigir-se a elaboração de lei com o mesmo teor, a ser aprovada pelo mesmo órgão. Além disso, entre as competências constitucionais atribuídas ao STF, estava a de julgar recurso contra decisões que contrariassem lei ou tratado. A bem da verdade, este acórdão não traduz, como sustentam autores dos mais conceituados, a escolha do monismo radical, de vez que o critério cronológico proposto pelo monismo moderado levaria a igual solução.

56 STF, *DJU* 17 mar. 1972, RE 69.873/PE, Rel. Min. Amaral Santos.

acionado mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-Lei nº 427, de 22.01.69.

*Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto –Lei 427/69 que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambial, inexistente será ele se reconhecida a nulidade de título cambial a que foi apostado. Recuso extraordinário conhecido e provido.*<sup>57</sup>

Esta decisão causou certo assombro nos internacionalistas pátrios, que viam na jurisprudência, até então, a preferência pelo monismo com prevalência do direito internacional. Celso de Albuquerque Mello a qualifica como um retrocesso inaceitável. Na sua

57 STF, DJU 29 dez. 1977, RE 80.004/SE, Rel. Min. Xavier de Albuquerque. Jacob Dolinger, *Direito Internacional Privado – Parte Geral*, 7ª ed., 2003, p. 104 e ss. faz um sumário dos votos dos Ministros. Destacamos aqui que o único voto vencido, do relator Min. Xavier de Albuquerque, seguindo a opinião reinante na doutrina, optou pela primazia do direito internacional, o qual não poderia ser afastado pelas normas internas sem a prévia denúncia. O voto condutor, do Min. Cunha Peixoto, tinha viés nitidamente dualista, ao afirmar que a convenção não fora transformada em direito interno, apesar de regularmente aprovada. No geral, os Ministros apresentam visões bem diferentes sobre a matéria, que vão desde o dualismo, com exigência de lei interna para que as disposições contratuais sejam válidas até aquelas que admitem a incorporação imediata do tratado no mesmo nível das leis (monismo moderado), passando por soluções intermediárias que afirmam não haver propriamente revogação (o que só se daria com a denúncia), apenas a não aplicabilidade do tratado enquanto vigorar a lei posterior que lhe seja contrária. Esta última opinião foi liderada pelo Ministro Leitão de Abreu, que afastava a regra *posterior derogat priori* por serem diferentes as naturezas da lei e do tratado; todavia, não poderiam os juízes se furtar a aplicar a lei nacional porque não havia autorização constitucional para isso, concluindo seu voto dizendo que a lei exclui a aplicabilidade do tratado (neste ponto, pode-se dizer que o Ministro estendeu a opinião de Oscar Tenório sobre revogação, já comentada, para a hipótese inversa). A diferença de ordem prática seria a seguinte: revogada a lei, tratado revogado não seria novamente aplicado, ao passo que ele seria plenamente aplicável se não fosse revogado, apenas afastado.

opinião, essa decisão do STF que reconheceu a possibilidade de vir a lei posterior a revogar tratado é baseada em autores ultrapassados e pode desestabilizar as relações internacionais do país, uma vez que não haveria segurança jurídica internacional se qualquer Estado pudesse deixar de cumprir acordo internacional com base tão-só em sua legislação interna, sem passar pelo processo formal da denúncia<sup>58</sup>.

A orientação expressamente consignada neste acórdão foi repetida pelo Supremo em decisões posteriores e a legislação nacional passou a cuidar inteiramente de matérias até então reguladas em tratados internacionais. Foi o caso, por exemplo, da Lei do Cheque (Lei nº. 7.357/1985), que afastou a incidência da Lei Uniforme de Genebra (promulgada pelo Decreto nº 57.595/66).

Entretanto, Jacob Dolinger, detendo-se com mais atenção sobre a matéria<sup>59</sup>, constatou que já vinha de longa data a orientação do STF pelo monismo moderado, devendo-se o espanto da doutrina, em verdade, muito mais a uma leitura da jurisprudência anterior distorcida pela sua crença na primazia do direito internacional do que, de fato, a uma mudança na posição do tribunal<sup>60</sup>.

Com efeito, os acórdãos de que os monistas radicais lançam mão para defender a sua tese versam sobre conflito entre tratado *posterior* e lei nacional sobre matéria extradicional ou tributária, hipóteses em que prevalece a norma de natureza contratual, aplicando-se a lei (geral) quando não houver tratado<sup>61</sup>. Este acórdão

58 Celso de Albuquerque Mello, *Curso de Direito Internacional Público*, vol. I, 15ª ed., 2004, p. 131.

59 Jacob Dolinger, *Direito Internacional Privado – Parte Geral*, 7ª ed., 2003, p. 106 e ss. e Jacob Dolinger, *As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os Conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: Um Exercício de Ecletismo*, *Revista Forense* 334:91 e ss..

60 Já em julgado de 1968, o Supremo deixara claro que o direito internacional fruto de convenção está no mesmo patamar do direito interno, não sendo superior a ele. [RTJ 48:76, Conflito de Jurisdição 4.663].

61 Neste ponto, é pacífica a opinião de que os tratados sobre extradição e os tratados sobre matéria tributária, quando tiverem a natureza de acordo, contrato, coexistem com a regra geral de direito interno, funcionando como exceções a ela. No sentido do texto, ver, por todos, Nádia de Araujo, *Direito Internacional Privado*, 2ª ed., 2004, p. 151 e Jacob Dolinger, *Direito Internacional Privado – Parte Geral*, 7ª ed., 2003, p. 109.



cuidava de caso diferente: a lei nacional é posterior ao tratado geral.

O STJ, contribuindo para o debate, atenta para a natureza dos tratados, que não podem revogar inteiramente a lei interna anterior, já que esta, por ocasião da eventual denúncia do tratado, poderá voltar a vigorar. A hipótese inversa é igualmente verdadeira:

*Lei-Tratado. O tratado não se revoga com a edição de lei que contrarie norma nele contida. Perderá, entretanto, eficácia, quanto ao ponto em que exista antinomia, prevalecendo a norma legal. Aplicação dos princípios, pertinentes à sucessão temporal das normas, previstos na Lei de Introdução ao Código Civil. A lei superveniente, de caráter geral, não afeta as disposições especiais contidas em tratado. Subsistência das normas constantes da Convenção de Varsóvia, sobre transporte aéreo, ainda que disponham diversamente do contido no Código de Defesa do Consumidor.<sup>62</sup>*

Com relação à natureza dos tratados, frise-se que os conflitos entre lei e tratados-contrato não se resolvem com a equiparação entre si e uso do critério temporal. É que a sua própria natureza é a de criar *normas especiais*, que afastam, no caso, a regra geral consubstanciada na lei interna, fazendo-se necessária a sua denúncia formal para que não mais sejam aplicados. Isto se passa na hipótese de tratados sobre extradição – pelos quais o país pode criar normas específicas para a cooperação com outro Estado, sem prejuízo da lei geral (Lei nº 6.815/80) – e sobre matéria tributária. Quanto a estes últimos, aliás, o próprio CTN é expresso no sentido de que tratados internacionais alteram a legislação interna, mas não são por ela alterados (art. 98). Com a Emenda Constitucional nº 7/95, que deu nova redação ao art. 178 CF<sup>63</sup>, criou-se nova hipótese de prevalência dos tratados sobre a legislação interna.

É, portanto, de fundamental importância que se verifique a natureza do tratado: alguns deles criarão normas especiais para a regência das relações recíprocas com um outro Estado estrangeiro,

62 STJ, DJU 29 abr. 1996, REsp 58.736/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro.

63 “Art. 178: A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.”

ou seja, estabelecerão direito subjetivo para as partes contratantes; neste caso, as normas internacionais têm precedência sobre as internas, mas apenas pelo critério da especialidade (tratados-contrato, tais como tratados bilaterais sobre matéria tributária e acordos extradicionais). Outros instrumentos, no entanto, destinam-se a serem aplicados diretamente no interior do Estado ao criarem normas gerais, direito objetivo (tratados-lei), como uma Convenção sobre condições de trabalho ou que regule os títulos de crédito. Quanto a estes, inadmissível o convívio com a lei interna em relação especial/geral. Partindo do pressuposto de que são de mesma hierarquia, o critério utilizado pela jurisprudência, nesta hipótese, é o cronológico (monismo moderado).

O novo Código Civil, no art. 732, chega a propor a primazia da lei ordinária, ainda que o tratado lhe seja posterior<sup>64</sup>. Não há como conciliar a disposição com a sistemática do ordenamento e com o que a jurisprudência vem decidindo. Uma lei ordinária dizer que prevalecerá sobre as posteriores que com ela conflitem cria uma distinção não contemplada pela Constituição.

Excetua-se a esta regra (monismo moderado) principalmente as normas tributárias, por força do art. 98 do CTN: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.”

Todavia, recentemente, o STJ tem entendido que o citado dispositivo estabelece, em matéria tributária, a supremacia dos tratados internacionais sobre a legislação interna, mas só no caso dos chamados tratados-contrato, que prevêm obrigações recíprocas para as partes contratantes. Portanto, em se tratando de tratados-lei, que estabelecem regras gerais de conduta, prevalece a regra *posteriori derogat priori*.<sup>65</sup>

64 “Art. 732: Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais.”

65 STJ, DJU 27 ago. 2003, MC 6.567/PR, Rel. Min. Teori A. Zavascki: “(...) Alega a requerente que a lei ordinária não pode revogar as disposições da ‘Convenção para evitar a dupla tributação sobre a renda entre Brasil e Suécia’, a qual constitui lei especial em face da legislação interna, de caráter geral. Sustenta que o acórdão, ao reconhecer a prevalência do art. 75 da Lei nº 8.393/91 sobre o art. 24 do Decreto nº 77.053/76, acarretou ofensa a esta norma e ao art. 98 do CTN, bem como ao princípio da isonomia, pois estabelece tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente em face da legislação

Mais recentemente, há os que questionam a terminologia adotada, entendendo que esse sistema, adotado entre nós, deveria se denominar dualismo moderado, pois, como visto acima, quando se expôs o sistema de internalização dos tratados, exige-se a promulgação de decreto presidencial que marca o início da vigência do tratado no plano interno<sup>66</sup>.

A meu ver, sem razão os que assim entendem, pois o dualismo exige a promulgação de lei que reproduza os termos do tratado para que ele possa vigorar no plano interno, o que não é o caso. O Brasil exige a promulgação do referido decreto tanto para os tratados que tenham vigência somente para as relações internacionais como para aquelas internas. Ademais, no dualismo, a lei interna passa a ter existência própria, independente do tratado, que vige somente no plano internacional, o que também não ocorre entre nós. A denúncia do tratado implica a sua revogação tanto no plano interno como no internacional, sem que se exija uma revogação específica do decreto presidencial que faz o diploma convencional vigorar no plano interno.

### *Direito Comparado*

Em muitas das Constituições européias, encontraremos disposições vagas, no sentido de que o direito internacional é considerado "parte integrante" do direito interno. É o caso, por exemplo, da Constituição da Áustria, de 1929 ("art. 9º. As regras do direito internacional geralmente reconhecidas são consideradas parte integral do direito federal"), e da Irlanda, de 1937. Na Inglaterra, em que pese não existir um documento dotado de rigidez e supremacia, considera-se que o direito internacional é parte da "lei da terra". A Constituição francesa de 1946 adota fórmula similar, embo-

ra traga a previsão no seu preâmbulo – o que retira ainda mais o pouco de normatividade da disposição. Algumas das Constituições são mais explícitas, impondo a obrigação de o legislador nacional manter harmonia entre o direito interno e as disposições de direito internacional (Constituição de Weimar, de 1919, art. 4º; austríaca, de 1920, art. 9º; espanhola, de 1931, art. 7º). Também a Carta italiana de 1947 prevê que o ordenamento interno deve se conformar ao direito internacional (art. 10). Entretanto, estas disposições são vistas, no mais das vezes, como simples incorporação do direito internacional à ordem interna, sem qualquer menção à submissão desta àquele.

A Constituição da Alemanha, de 1949, embora não seja direta em mencionar a supremacia do direito internacional ("art. 25. As normas gerais de direito internacional são parte integral do direito federal"), permite seja negada aplicação às leis que violem o direito consuetudinário internacional (art. 100, §2º). A adoção, na Alemanha e na Itália, por influência de juristas nacionais (Triepel e Anzilotti, respectivamente), da teoria dualista, restringe sobremaneira a extensão desta superioridade. É que, ao entender que direito interno e internacional formam órbitas distintas e incomunicáveis, as obrigações assumidas pelos países por força de convenção exigiriam norma a internalizar os seus preceitos. Por conseguinte, somente princípios gerais básicos do direito internacional, amplamente reconhecidos pelos povos, gozariam de tal incorporação direta<sup>67</sup>, segundo a jurisprudência e parte da doutrina.

A Constituição Portuguesa adota sistema eclético:

"Art. 277, 2. A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde

tributária. (...) 3. Não há verossimilhança nos fundamentos do pedido de cautelar. A tese contida no acórdão do Tribunal de origem mostra-se compatível com entendimento jurisprudencial desta Corte, ao qual me filio, segundo o qual a parte final do art. 98 do CTN aplica-se somente aos tratados contratuais. Nesse sentido, Resp. nº 196560/RJ, 1ª Turma, Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 10.05.1999. (...)"

<sup>66</sup> Gustavo Binbenben, Monismo e dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante, *Revista Forense* 350:39-48; Nádia de Araujo, *Direito Internacional Privado*, 2ª ed., 2004 e STF, DJU 10 ago. 2000, CR 8.279/AT, Rel. Min. Celso de Mello.

<sup>67</sup> Jacob Dolinger traz caso julgado pela Corte de Cassação da Itália [Ente Nazionale per la Cellulosa vs. Cartiera Italiana, *ILR* 24:12, 1957] onde ficou consignado que "a preceituada recepção automática (...) aplica-se apenas no caso de normas de direito internacional amplamente reconhecidas, isto é, o costume internacional, e não no de obrigações que se tornam parte do direito positivo em virtude da ratificação de tratados internacionais que as prevejam. Estas últimas requerem (...) a sanção de norma interna que lhe reconheça." [Jacob Dolinger, *As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os Conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: Um Exercício de Ecletismo*, *Revista Forense* 334:76].

que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental.”

Noutros documentos, contudo, percebe-se com mais clareza a adoção da superioridade do direito internacional. Indo além da supremacia dos princípios gerais, as Constituições da França de 1958<sup>68</sup>, da Rússia de 1993 e dos Países Baixos, de 1983<sup>69</sup>, estabelecem o primado do direito internacional – inclusive convencional – sobre o ordenamento interno. A superioridade se nota em especial no que é relativo ao direito comunitário europeu, que tem sido tratado de forma bem generosa pelos países.

Sem embargo da discussão sobre o conflito entre tratado e o ordenamento interno, o fato é que muitas das Constituições europeias exigem a revisão constitucional como requisito para que o tratado possa ser aprovado caso conflite com a Lei Maior. Neste sentido, as Constituições da França, da Espanha e da Alemanha (arts. 54, 95, 1 e 79, 1, respectivamente)<sup>70</sup>.

68 “Art. 55: Os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, a partir de sua publicação, uma autoridade superior à das leis, desde que respeitadas pela outra parte signatária.” O artigo significou o fim do monismo moderado que a jurisprudência francesa vinha aplicando até então, com prevalência do diploma posterior. É verdade que a parte final do dispositivo traz toda sorte de controvérsia, ainda não resolvida pela doutrina ou pela jurisprudência. Jacob Dolinger traz inúmeras questões que se levantam com relação à exigência de reciprocidade: o juiz poderia levantar, de ofício, a inobservância pelo outro Estado? Exige-se manifestação do órgão competente para celebrar os tratados e as convenções, o próprio juiz poderia constatar o cumprimento pela outra parte? No caso de tratados multilaterais em que apenas um Estado descumpra-o, considera-se haver falta de reciprocidade? Se o outro Estado tiver descumprido o tratado apenas uma vez, o juiz nacional pode afastar o tratado? [Jacob Dolinger, *As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os Conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: Um Exercício de Ecletismo*, *Revista Forense* 334:76].

69 “Art. 94: As disposições legais em vigor no Reino deixarão de se aplicar quando colidirem com disposições de tratados obrigatórias para todas as pessoas ou com decisões de organizações internacionais.” Nos Países Baixos, inclusive, a aprovação do tratado por três quartos dos Estados Gerais modifica a Constituição.

70 “Quanto ao D. Comunitário, ele tem sido visto como um ramo do DIP com características próprias, por exemplo, a supranacionalidade, a cessão de competências soberanas à comunidade. Ele é considerado uma categoria especial den-

Em paradigmático recurso constitucional contra a participação da Alemanha na União Europeia sob a alegação de violação a inúmeros princípios constitucionais (dentre eles, o democrático e o da soberania nacional), o *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha) decidiu, em 1993, que o Tratado de Maastricht deveria entrar em vigor, ressaltando que o país pode ingressar numa comunidade de Estados com base supranacional e transferir certos poderes e responsabilidades a órgãos comunitários, desde que (i) a transferência seja expressa, não se admitindo a interpretação extensiva; (ii) os parlamentos nacionais legitimem a atribuição de competência aos órgãos comunitários; (iii) as funções atribuídas aos órgãos da comunidade não sejam aquelas mais substanciais, havendo controle do Tribunal Constitucional sobre todas as funções de soberania que extrapolem do que foi conferido<sup>71</sup>.

O fato é que, na Europa, se tem buscado efetivar a supremacia do direito comunitário sobre o direito interno, inclusive o constitucional. Isso porque, em uma comunidade integrada, não é possível que o direito comunitário seja diferente para cada país.

Os tratados que instituem a Comunidade Europeia gozam de prevalência sobre o direito estatal (o que é, inclusive, previsto pelo Tratado de Maastricht), sendo aplicados diretamente nos países membros. A Corte de Justiça das Comunidades Europeias assim tem se manifestado<sup>72</sup>, embora haja certa resistência por parte de

tro da ordem jurídica dos Estados-membros. Esta é a posição da Corte de Justiça das Comunidades Europeias.” [Celso de Albuquerque Mello, *Direito Constitucional Internacional*, 1994, p. 325 *apud* Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 6ª ed., 2004, p. 17]. Barroso traz, ainda, lição de Canotilho, que assevera que as disposições comunitárias dotadas de aplicabilidade direta prevalecem sobre a legislação interna.

71 *Neue Juristische Wochenschrift* 47:3047 e ss., versão em inglês do acórdão se encontra em *International Legal Materials* XXXIII:388 e ss.. Para um estudo um pouco mais detalhado do caso, confira-se Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 6ª ed., 2004, p. 25-7.

72 Sobre a primazia do direito comunitário, João Mota de Campos, *Manual de Direito Comunitário*, 3ª ed., Lisboa, 2002, p. 375-426; Paulo Borba Casella, *União Europeia: instituições e ordenamento jurídico*, 2002, p. 309-17. Vejam-se, ainda, exemplificativamente, os seguintes casos: *Humblet* (caso 6/60); *Van Gend en Loos* (caso 26/62); *Costa/ENEL* (6/64). Especialmente sobre a prevalência do direito comunitário sobre o direito constitucional, veja-se o caso *Internationale Handelsgesellschaft* (caso 11/70). A referência completa dos casos

alguns tribunais internos<sup>73</sup>. Hoje, questão que tem suscitado maiores controvérsias é a relativa ao direito comunitário “derivado” (como regulamentos) e seu confronto com a ordem constitucional interna dos países<sup>74</sup>.

No Paraguai, os tratados situam-se hierarquicamente abaixo da Constituição, mas acima das leis; a Argentina tem seguido igual orientação, colocando os tratados acima das leis ordinárias internas. No Uruguai, como no Brasil, equiparam-se os dois, prevalecendo o posterior<sup>75</sup>.

Nos Estados Unidos<sup>76</sup>, já vem de longa data entendimento jurisprudencial segundo o qual os tratados e convenções internacionais são incorporados à ordem jurídica interna, de acordo com o art. 6º, 2ª seção, da Constituição<sup>77</sup>. A posição monista é claramente a adotada, como se depreende da regra 111 do *Restatement of the Law Third*, que estabelece a aplicabilidade direta dos tratados regularmente aprovados pelo país, com equiparação à lei federal,

(data do julgamento e ano e página da publicação na Colectânea) está disponível em: [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

73 Não é assim com os Países Baixos, onde o direito supranacional está acima até mesmo da Constituição. Neste sentido, fala-se em um controle da convencionalidade do direito interno. Semelhante controle existe na Suíça. Na França, todavia, há inúmeros pormenores e exceções, que Celso Mello lista com detalhes: no geral, o direito convencional goza de supremacia, mas não sobre a Constituição. Tanto é que o Conselho Constitucional decidiu que a ratificação do Tratado de Maastricht exigiria a edição de uma emenda constitucional sobre os pontos conflitantes, repetindo a decisão por ocasião da ratificação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

74 Para a colocação do problema e posições que tem surgido, confira-se Celso de Albuquerque Mello, *Direito Internacional Público*, vol. I, 15ª ed., 2004, p. 128-9, que informa que os atos comunitários não são submetidos à apreciação de constitucionalidade.

75 Celso de Albuquerque Mello, *Direito Internacional Público*, vol. I, 15ª ed., 2004, p. 145 e Jacob Dolinger, *As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os Conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: Um Exercício de Ecletismo*, *Revista Forense* n° 334, 1997.

76 Para uma visão mais detalhada do sistema norte-americano, v. Jacob Dolinger, *As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os Conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: Um Exercício de Ecletismo*, *Revista Forense* n° 334, 1997 e a bibliografia que o autor indica.

77 “This Constitution and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all the treaties made or which shall be made under the authority of the United States shall be the supreme law of the land.”

excetuados os “non self-executing international agreements”, que, pela sua própria natureza, exigem a promulgação de norma interna. O conflito com as leis estaduais já se resolveu com a prevalência sempre do tratado internacional, seja ele posterior ou anterior. A orientação restou clara desde *Ware vs. Hilton*<sup>78</sup>, em virtude da cláusula da supremacia da Constituição Federal<sup>79</sup>.

A doutrina majoritária entende que os atos internacionais são incorporados com o mesmo nível hierárquico das leis federais, valendo a regra *later in time (lex posterior derogat priori)*, o que revela a adesão americana ao monismo moderado. A jurisprudência segue a mesma orientação<sup>80</sup>, sem, no entanto, que haja qualquer menção às correntes monista e dualista: prefere-se utilizar somente a cláusula da supremacia da Constituição<sup>81</sup>. A prática, entretanto, mostra certa deferência dos tribunais americanos, que apenas

78 *Ware vs. Hilton*, 3.U.S. (3 Dall.) 1796.

79 Jacob Dolinger, *As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os Conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: Um Exercício de Ecletismo*, *Revista Forense* 334:77, 1997.

80 A Suprema Corte reiteradamente decidiu que tratados estão no mesmo nível hierárquico das leis federais, prevalecendo a que for posterior. Neste sentido, *Cherokee Tobacco*, 78 U.S. (11 Wall) 616 (1871); *Cook vs. United States*, 288 U.S. 102 (1933); *The Chinese Exclusion Case*, 130 U.S. 581; *Reid vs. Covert*, 354 U.S. 1, 18. Confirma-se passagem esclarecedora sobre o assunto: “Pela Constituição, um tratado é colocado na mesma posição que um ato legislativo, sendo igualmente obrigatório. Ambos são considerados, por aquele diploma, parte da lei suprema do país, e nenhuma autoridade é atribuída a um em detrimento do outro. (...) O que for mais recente controlará o outro (...)” [*Whitney vs. Robertson*, 124 U.S. 194].

81 Jacob Dolinger tece instigantes comentários sobre a fórmula lá adotada, escorando-se nas lições de Louis Henkin e Peter Westen: a cláusula apenas indica que leis federais e tratados fazem parte da lei suprema da terra, sendo superiores ao direito estadual. Não existe, nesta enunciação, qualquer indicação de superioridade de um ou de outro, embora também não se possa concluir haver previsão expressa do mesmo *status*, de vez que a Constituição – superior a ambos – aparece na mesma enumeração. Com efeito, a mera posição topográfica da expressão pareceria indicar, na verdade, a superioridade do direito federal sobre o internacional; não é o que prevalece, seja na doutrina ou na jurisprudência, que adotam a regra de que o posterior derroga o anterior. Observa-se, ainda, que a lei posterior incompatível com o tratado não o revoga, persistindo ele válido enquanto obrigação internacional que é; a consequência é não mais ser aplicável judicialmente, *pro tempore e pro tempo*. [Jacob Dolinger, *As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os Conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: Um Exercício de Ecletismo*, *Revista Forense* 334:78-9, 1997].

aplicam a revogação quando entendem que esta foi a intenção inequívoca do legislador<sup>82</sup>. A Suprema Corte é adepta de uma autocontenção judicial no que diz respeito aos conflitos entre tratados e leis federais, dizendo que o descumprimento de um compromisso assumido internacionalmente não é matéria judicial, mas da diplomacia e da legislação<sup>83</sup>. Aos tribunais cabe apenas efetivar a “última expressão da vontade soberana” – seja ela um ato internacional ou manifestação nacional congressual.

Com relação à Constituição, é pacífica a sua superioridade em relação aos atos internacionais. O raciocínio é simples: (i) tratado tem o mesmo *status* de lei federal; (ii) lei federal deve se conformar à Constituição; (iii) conclusão: tratado também deve obedecer à Lei Suprema<sup>84</sup>. Ainda assim, a Suprema Corte nunca declarou a inconstitucionalidade de um tratado, o que se deve, em grande

82 Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 6ª ed., 2004, p. 17 e Celso de Albuquerque Mello, *Direito Internacional Público*, vol. I, 15ª ed., 2004, p. 142: “Nos EUA os tribunais, ao aplicarem os tratados, procuram dar uma interpretação de modo a salvar o tratado mesmo quando há uma lei posterior aparentemente contrária. Entretanto, quando o Congresso pretender revogar o tratado por uma lei, esta tem predominância.” [caso *Reid vs. Covert*, 1957]. V., ainda, Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States, 1988, §14.

83 Confirma-se o voto do Min. Curtis em *Taylor vs. Morton* [23 F. Cas. 784 (C.C.D. Mass. 1855), nº 13.799]. Em outros julgados, membros da Suprema Corte endossaram a tese, afirmando que “quando uma lei é clara em seus comandos, sua validade não pode ser questionada perante um tribunal por desconformidade com estipulações de um tratado anterior ainda não executado. Considerações desse tipo são atribuição de outro ramo do Governo. [Min. Field, em *Whitney vs. Robertson*, 124 U.S. 190, 194-195, 1887], na medida em que um tratado acordado entre os Estados Unidos e qualquer nação soberana possa ser objeto de conhecimento judicial nos tribunais deste país, estará sujeito aos atos aprovados pelo Congresso determinando seu cumprimento, modificação ou rejeição.” [Min. Miller, em *Edye vs. Robertson e Cunard Steamship Co.*, 112 U.S., 580, 599, 1884].

84 V., adicionalmente, Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States, 1988, § 111: “In their character as law of the United States, rules of international law and provisions of international agreements of the United States are subject to the Bill of Rights and other prohibitions, restrictions, and requirements of the Constitution, and cannot be given effect in violation of them. However, failure of the United States to carry out an obligation on the ground of its unconstitutionality will not relieve the United States of responsibility under international law.”

parte, à identificação das questões internacionais com a margem da discricionariedade própria da política, o que as afastaria do controle judicial<sup>85</sup>.

### e) tratados de direitos humanos

Em matéria de direitos humanos, a CF 1967 já estabelecia:

“Art. 150, § 35. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.”

Seguindo essa linha, o texto original da CF de 1988 vai um pouco além, referindo-se aos direitos e garantias expressos em tratados ratificados pelo país:

“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.”

Parte da doutrina, adotando posição progressista, já entendia que, em matéria de direitos e garantias individuais, a Carta de 1988 estabeleceu que tais tratados gozam de hierarquia de norma constitucional<sup>86</sup>. Tal posição não foi aceita pelo STF<sup>87</sup>.

85 Luís Roberto Barroso lista uma série de casos em que o judiciário revela a atitude de deferência, em especial ao Presidente da República, sempre que o caso envolva relações internacionais, o que chegou ao extremo de se chancelarem seqüestros feitos pelo Governo no estrangeiro contra indivíduos que deveriam responder a processos criminais no país [*Id.*, p. 27-9].

86 Flavia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Internacional*, 6ª ed., 2004, p. 75 e ss.. Elucidativa é a seguinte passagem: “(...) ao prescrever que ‘os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais’, a contrario sensu, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.” *Id.*, p. 82.

87 V. STF, *DJU* 1º ago. 2003, HC 72.131/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio; STF, *DJU* 05 set. 2003, RE 206.482/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa; STF, *DJU* 02 fev. 2001, HC 76.561/SP, Rel. Min. Carlos Velloso e STF, *DJU* 10 set. 1999, RE 143.613/SP, Rel. Min. Carlos Velloso. Notadamente nos casos da prisão civil do

O texto introduzido pela Emenda Constitucional n.º45/2004 (o novo parágrafo 3º ao art. 5º), atualmente em vigor, não deixa dúvidas: os tratados internacionais sobre direitos humanos equiparam-se às emendas constitucionais, desde que obedecido o quorum especial de aprovação dessas.

Restam, entretanto, inúmeras questões a serem respondidas, muitas das quais serão enfrentadas aos poucos pela doutrina: a) É possível a aprovação de um tratado sobre a matéria, com quorum simples? Quanto a esse ponto, a solução não suscita maiores problemas: os tratados aprovados por quorum simples adquirem o *status* de lei ordinária, como qualquer outro tratado ratificado pelo país, submetendo-se ao critério geral de que o *posteriori derogat priori*; b) Como ficam os tratados de direitos humanos aprovados antes da EC n.º 45? Quanto a essa questão, acredita-se também poder ser resolvida facilmente: os tratados aprovados continuam a vigorar com *status* de lei ordinária, já que não se submeteram ao quorum privilegiado estabelecido na Emenda; c) Após a sua aprovação, tais tratados podem ser denunciados pelo Executivo, seguindo a regra geral de denúncia dos tratados?

No Brasil, via de regra, o tratado e a lei ordinária têm o mesmo grau hierárquico; como o Legislativo tem papel imprescindível (ressalvadas as medidas provisórias) na revogação das leis em geral, pode-se cogitar de que o Congresso devesse interferir também na revogação dos pactos internacionais.

Por outro lado, a vontade do Legislativo só é fundamental para a vigência interna do tratado. O Presidente da República é o responsável pelas relações internacionais (CF, art. 84, VII); assim, todas as questões atinentes a essas relações incumbem exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo. Caso o Legislativo pretenda manter em vigor um pacto que tenha sido objeto de denúncia, a única maneira possível é aprovar as mesmas normas convencionais por meio de lei ordinária, cuja elaboração compete, via de regra, àquele Poder da República.

---

depositário infiel, anteriormente referido, o Supremo adotou posição conservadora, não entendendo que haveria revogação da norma constitucional (pela qual se admitia a prisão civil do devedor de alimentos e do depositário infiel, art. 5º, LXVII) pela convencional (o Pacto de San José da Costa Rica previa apenas a prisão do devedor de alimentos) por não vislumbrar equiparação dos tratados de direitos humanos à norma constitucional.

Todavia, atente-se, se tem importante conseqüência que decorre da nova redação do dispositivo. O art. 60, § 4º, IV da CF determina que não serão apreciadas as emendas tendentes a abolir os direitos e garantias individuais. Como a nova redação do dispositivo equiparou os tratados de direitos humanos às emendas constitucionais, os tratados internacionais que tratem da matéria, não podem ser objeto de denúncia pelo Presidente, até porque nem mesmo com o aval do Congresso tais regras podem ser revogadas. Assim, tais diplomas, uma vez ratificados, passam a integrar definitivamente o ordenamento nacional, sem possibilidade de denúncia pelo Executivo.

#### IV. OBSERVAÇÕES FINAIS

1) No Brasil, a internalização de tratados internacionais cumpre o seguinte roteiro: negociação entre as partes e assinatura do texto final, aprovação pelo Congresso Nacional (CF, art. 49, I), ratificação ou adesão, promulgação e publicação. A forma própria para se denunciar um tratado é a denúncia.

2) Relativamente ao conflito entre fontes normativas internas e internacionais, são possíveis conflitos entre: a) a Constituição Federal e o tratado, b) lei ordinária e tratado e c) lei interna e tratados de direitos humanos.

3) A incompatibilidade do tratado com a Constituição pode se dar do ponto de vista do procedimento irregular da conclusão do ato internacional ou do seu próprio conteúdo. Excetuando alguns autores que ainda vislumbram prevalência do direito internacional sobre a Constituição do Estado, hoje a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm entendido majoritariamente que prevalece a Constituição, sem atentar para qualquer critério cronológico.

4) Este entendimento restou claro em três principais temas: conflito entre a CF e a Convenção de Varsóvia, quanto ao cabimento de indenização por dano moral, Conflito entre a CF e a Convenção da OIT que trata da reintegração compulsória do trabalhador demitido sem justa causa, conflito entre a CF e o Pacto de San José da Costa Rica, que não admite prisão civil por dívida.

5) Quanto ao conflito entre a lei e tratado, surgiram, em princípio, duas concepções: o dualismo defendia que as ordens interna e internacional compõem sistemas jurídicos independentes e des-

conectados, regendo relações distintas, de modo que não haveria conflito possível entre elas. A escola monista rejeitava a idéia de que as ordens interna e internacional fossem apartadas, afirmando ser perfeitamente possível que o direito internacional cuidasse das mesmas matérias que o direito interno. Nesse caso, vislumbra-se, portanto, a superposição entre os sistemas, surgindo a necessidade de compatibilizá-los.

6) O monismo radical defende a supremacia do direito internacional sobre o direito interno, qualquer que seja a ordem de sua criação. Um dos principais argumentos da corrente é o fato de que o Estado somente se desobriga no plano internacional com a regular denúncia do tratado ou convenção. A doutrina internacionalista brasileira clássica perfilhava este entendimento.

7) A jurisprudência nacional tem se orientado de acordo com o monismo moderado, segundo o qual tratado e lei federal possuem a mesma hierarquia, sendo a prevalência de um ou outro determinada pela sucessão no tempo. Excetua-se à regra do monismo moderado os tratados sobre extradição e sobre matéria tributária porque, quando assumem caráter de tratado-contrato, estabelecem regras especiais, que excepcionam a regra geral consubstanciada na lei nacional (*lex speciali derogat generali*).

8) Parcela da doutrina nacional já entendia que a CF/88 atribuiu estatura de norma constitucional aos tratados de direitos humanos, tese que não contou com a adesão do STF. A EC nº 45 modificou o panorama: os tratados internacionais sobre direitos humanos equiparam-se às emendas constitucionais, desde que obedecido o quorum especial de aprovação dessas.

## A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 E TEMAS DE DIREITO INTERNACIONAL\*

A Emenda Constitucional nº 45/2004 tratou de inúmeros temas que interessam ao direito internacional. Essas inovações serão aqui analisadas sistematicamente. Comentar-se-á também a questão da participação de empresas que integram a Administração Pública em arbitragens, tema que chegou a integrar a PEC 29, mas foi suprimido na versão final da Emenda.

### I. CONFLITO ENTRE FONTES:

"Art. 5º, §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."

Entre nós, a principal fonte de Direito é a Lei, conforme determina o art. 4º da LICC: "Quando a lei for omissa o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

\* Este tópico foi melhor desenvolvido no artigo antecedente.

A expressão é utilizada em seu sentido amplo, significando regra de ordem geral escrita, que abrange tanto aquelas elaboradas de fonte interna (lei ordinária elaborada pelo Congresso Nacional, lei complementar, decreto executivo, medida provisória...) como as de fonte internacional, desde que internalizadas.

#### a) conflito entre a CF e tratado

A doutrina e a jurisprudência brasileiras são quase unânimes quanto à solução desse tipo de conflito: tem-se entendido que prevalece a Constituição, sem atentar para qualquer critério cronológico<sup>1</sup>.

Em sentido oposto, a Convenção de Havana sobre Tratados (1928), ratificada pelo Brasil, traz a posição do direito internacional sobre a matéria; como regra geral, ela fixa a supremacia dos tratados sobre a legislação interna, sem distinguir entre leis constitucionais e ordinárias, em seu art. 11:

“Art. 11. Os tratados continuarão a produzir os seus efeitos, ainda quando se modifique a constituição interna dos Estados contratantes. Se a organização do Estado mudar, de maneira que a execução seja impossível, por divisão do território ou por outros motivos análogos, os tratados serão adaptados às novas condições.”

Na mesma linha, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969), embora não ratificada pelo Brasil, determina a supremacia das normas convencionais: “Art. 27. Direito interno e observância de tratados. Uma Parte não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o inadimplemento de

<sup>1</sup> Ressalve-se a posição contrária de Haroldo Valladão: “Em conclusão: a disposição interna, mesmo de natureza constitucional, não poderá ser observada se contraria preceito em vigor de direito internacional básico, geral, ou de direito internacional convencional: de tratado válido e vigente. Assim, prevalecem as regras dos tratados anteriores ao texto constitucional; só não prevalece a norma internacional convencional que vier a ser aprovada e ratificada após a vigência do texto constitucional que a ela se opõe, pois nesse caso decorreria dum ato internacional inválido, não vigorante, pois não podia ter sido aprovado nem ratificado.” [Haroldo Valladão, *Direito Internacional Privado*, vol. I, 5ª ed., 1980, p. 96].

um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.” Este último diz respeito à inconstitucionalidade formal de tratado cujo roteiro de aprovação não tenha seguido o trâmite previsto em norma interna de importância fundamental, o que desobriga o Estado de cumprir os termos do tratado perante a comunidade internacional. Pela Convenção, a inconstitucionalidade material não produz tal efeito, como visto.

Os tribunais superiores enfrentaram essa questão recentemente com relação a três temas principais:

i) conflito entre a CF e a Convenção de Varsóvia, quanto ao cabimento de indenização por dano moral:

O STF concedeu a indenização prevista na CF/88 por dano moral (art. 5º, V e X), ao contrário do que estabelece a Convenção de Varsóvia, ratificada pelo Brasil:

*O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação, decorrentes do extravio da mal, cumpre observar a Carta Política da República – incisos V e X do art. 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil.*<sup>2</sup>

Os Tribunais estaduais, principalmente o do Rio de Janeiro, têm adotado posição nem sempre coincidente com esse entendimento manifestado pelo STF<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> STF, DJU 21 fev. 1997, RE 172.720-9, Rel. Min. Marco Aurélio.  
<sup>3</sup> TJRJ, DORJ 23 mai. 2002, AC 22.651/2001, Rel. Des. Maurício Caldas Lopes: “(...) Transporte aéreo. Extravio de bagagem em viagem internacional. O extravio de bagagem, somente restituída à transportada após seu regresso ao Brasil, (...) causa mais do que simples aborrecimento, ensejando reparação por dano moral. Convenção de Varsóvia. A circunstância de a Convenção de Varsóvia, de que é signatário o Brasil, não se referir à indenização outra que não a material, não conduz ao entendimento de que o dano moral decorrente do descaminho da bagagem do transportado não seja indenizável, mormente em face da Constituição da República, que não pode se ver derogada por tratados internacionais. (...)” Em sentido oposto, TJRJ, DORJ 06 mai. 2002, AC 1.281/2002, Rel. Des. Marlan de Moraes Marinho: “Transporte aéreo interna-



ii) Conflito entre a CF e a Convenção da OIT que trata da reintegração compulsória do trabalhador demitido sem justa causa

O STF apreciou ADIn<sup>4</sup>, interposta pela Confederação Nacional do Transporte e outro, relativamente à Convenção n° 158 da OIT, ratificada pelo Brasil, que prevê a reintegração compulsória do trabalhador demitido sem justa causa, face à Constituição Federal, art. 7º, I:

“Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I — relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos (...).”

O Min. Relator proferiu o seguinte despacho, no qual deixou claro o status dos tratados frente à Constituição, pois admite o controle da constitucionalidade desses atos:

*Ação direta de inconstitucionalidade — Convenção n° 158/OIT — Proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa — Arguição de ilegitimidade constitucional dos atos que incorporaram essa convenção internacional ao direito positivo interno do Brasil (Decreto legislativo n° 68/92 e Decreto n° 1.855/96) — Possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de tratados ou convenções internacionais em face da Constituição da República — Alegada transgressão ao art. 7º, I, da Constituição da República e ao art. 10, I do ADCT/88 — Regulamentação normativa da proteção contra a despedida*

cional. Danos morais. Legislação aplicável. Art. 178, § 1º, da Constituição da República. A Convenção de Varsóvia não foi por nós denunciada nem o Código de Defesa do Consumidor a revogou. Em conseqüência, e por determinação de ordem constitucional expressa, é aplicável às questões decorrentes de transporte aéreo internacional. A circunstância de ter como regra a indenização tarifada, por uma questão lógica, exclui a pretensão relativa à reparação de danos morais. Sentença reformada, para julgar improcedente o pedido.”

<sup>4</sup> STF, DJU 18 mai. 2001, ADIn 1480-3/DF, Rel. Min. Celso de Mello.

*arbitrária ou sem justa causa, posta sob reserva constitucional de lei complementar — Conseqüente impossibilidade jurídica de tratado ou convenção internacional atuar como sucedâneo da lei complementar exigida pela Constituição (CF, art. 7º, i) — Consagração constitucional da garantia de indenização compensatória como expressão da reação estatal à demissão arbitrária do trabalhador (CF, art. 7º, I, c/c o art. 10, I do ADCT/88) — Conteúdo programático da Convenção n° 158/OIT, cuja aplicabilidade depende da ação normativa do legislador interno de cada país — Possibilidade de adequação das diretrizes constantes da Convenção n° 158/OIT às exigências formais e materiais do estatuto constitucional brasileiro — Pedido de medida cautelar deferido, em parte, mediante interpretação conforme à Constituição. Procedimento constitucional de incorporação dos tratados ou convenções internacionais.*

Em setembro de 1999, o Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de medida cautelar para, em interpretação conforme a Constituição e até o final julgamento da ADIn, afastar qualquer entendimento, contrário aos fundamentos jurídicos do voto do relator (Min. Celso de Mello) e que desconsiderasse o caráter meramente programático das normas da Convenção n° 158 da OIT. Em junho de 2001, o Relator extingue o processo em razão da denúncia feita pelo Presidente da República à referida Convenção. Em junho de 1997, é ajuizada outra ADIn pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura questionando a constitucionalidade do Decreto n° 2.100 que tornou pública a denúncia da Convenção, alegando-se ser necessária a manifestação conjunta da vontade do Legislativo, nos termos do art. 49, I da CF<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> STF, Informativo STF n° 323, ADIn 1.625/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa. Em 29 de março de 2006, Ministro Nelson Jobim iniciou a divergência, votando em sentido diverso do Ministro Relator. STF, Informativo STF n° 421, ADIn 1.625/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa: “O Tribunal retomou julgamento de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura — CONTAG e pela Central Única dos Trabalhadores — CUT contra o Decreto 2.100/96, por meio do qual o Presidente da República torna pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção 158 da OIT, relativa ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador — v. Informativo 323. O Min. Nelson Jobim, presidente, em voto-vista, divergiu do voto do

Em novembro de 2001, a Procuradoria Geral da República se manifestou, em parecer, pela improcedência da ação e, em 02 de outubro de 2003, o Min. Relator Maurício Corrêa proferiu voto julgando procedente o pedido em parte, conferindo ao referido decreto interpretação conforme o art. 49, I, da CF, ou seja, entendendo que a vontade do Legislativo é essencial para a denúncia, da mesma forma como o é para a sua aprovação, no que foi acompanhado pelo Ministro Carlos Britto. Em 29 de março de 2006, votou o Ministro Nelson Jobin, abrindo a divergência e julgando improcedente o pedido.

iii) Conflito entre a CF e o Pacto de San José da Costa Rica que não admite prisão civil por dívida

Trata-se de polêmica acerca da possibilidade ou não prisão civil do devedor fiduciante à luz da Constituição Federal. A Carta (art. 5º, LXVII) dispõe que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”

relator para julgar improcedente o pedido formulado, por entender que o Chefe do Poder Executivo, em razão de representar a União na ordem internacional, pode, por ato isolado e sem anuência do Congresso Nacional, denunciar tratados, convenções e atos internacionais. Ressaltou estar englobada, no ato de aprovação do tratado, pelo Congresso Nacional, a aceitação tácita da possibilidade de o Poder Executivo denunciar, salientando que, na espécie, a denúncia se fez, inclusive, com base na expressa previsão do art. 17 da própria Convenção. Esclareceu que compete privativamente ao Presidente da República, nos termos do art. 84, VIII, da CF, celebrar os tratados, convenções e atos internacionais, ou seja, assumir obrigações internacionais e que, embora caiba ao Congresso Nacional a aprovação dos mesmos (CF, art. 84, in fine e art. 49, I), por meio de decreto, sua função, nessa matéria, é de natureza negativa, eis que não detém o poder para negociar termos e cláusulas ou assinar, mas apenas evitar a aplicação interna de tais normas. Ademais, o decreto legislativo não tem o condão de, por si só, incorporar o tratado internacional no direito interno, o qual depende da ratificação posterior do Presidente da República. Com base nisso, afirmou que o princípio da harmonia entre os Poderes Executivo e Legislativo, nesse caso, confere predominância ao Chefe do Poder Executivo, porquanto somente a ele compete o juízo político de conveniência e oportunidade na admissão do tratado internacional no âmbito interno.” O julgamento foi suspenso com o pedido de vista do Min. Joaquim Barbosa.

A lei ordinária, por sua vez, determina que se equipare o devedor fiduciante ao depositário (art. 66 da Lei nº 4.728/65, com redação dada pelo art. 1º do Decreto-lei nº 911/69).

Discute-se, assim, se a legislação ordinária pode acrescentar, às já previstas em sede constitucional, outras hipóteses em que caiba prisão civil por dívida, ainda mais tendo em vista a ratificação, pelo Brasil, do Pacto de São José da Costa Rica, que só admite prisão civil por inadimplemento de prestação alimentar.

O STJ tem reiteradamente julgado possível a prisão civil do devedor fiduciante, já que a legislação ordinária o equipara ao depositário<sup>6</sup>. Com algumas exceções, o STJ tem adotado na maior parte das vezes entendimento contrário, decidindo ser incabível tal prisão<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> STJ, DJU 29 jun. 2001, RE 302.624-1/MG, Rel. Min. Moreira Alves: Recurso extraordinário. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil. Esta Corte, por seu Plenário (HC 72.131), firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel. Esse entendimento voltou a ser reafirmado recentemente, em 27.05.98, também por decisão do Plenário, quando do julgamento do RE 206.482. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Inconstitucionalidade da interpretação dada ao artigo 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica no sentido de derrogar o Decreto-Lei 911/69 no tocante à admissibilidade da prisão civil por infidelidade do depositário em alienação fiduciária em garantia. É de observar-se, por fim, que o § 2º do artigo 5º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, e isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

<sup>7</sup> STJ, DJU 28 fev. 2000, Embargos de Divergência no REsp 149.518/GO, Rel. Min. Ruy Rosado: “Alienação fiduciária. Prisão civil. Não cabe a prisão civil do devedor que descumpra contrato garantido por alienação fiduciária. Embargos acolhidos e providos.” STJ, DJU 05 jun. 2000, HC 7.859/SP, Rel. Min. Salvo F. Teixeira: “Habeas Corpus. Alienação fiduciária. Prisão civil. Descabimento. Orientação da Corte Especial. Concessão da ordem. A partir do julgamento dos EREsp 149.519-GO [rectius: 149.518] julgados em 5/5/99 (DJ 28.2.2000), a Corte Especial, modificando o entendimento anterior em relação ao tema, consolidou a orientação de que incabível a prisão civil em alienação fiduciária, em razão da inocorrência de relação de depósito.” Em sentido oposto, STJ 04 ago. 2003, Recurso Ordinário em HC 14.423/MG Relator Ministro A. de

b) conflito entre lei ordinária e tratado

Quanto a esse tipo de conflito não há uniformidade entre a posição de nossa doutrina e o que decidem os tribunais, que têm preferido claramente o monismo moderado: tratado e lei federal possuem a mesma hierarquia, logo a prevalência de um ou outro se regula pela sucessão no tempo. O precedente mais famoso do STF a respeito foi o RE nº 80.004, cuja ementa determina:

*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 22.01.69.*

*Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-Lei 427/69 que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade de título cambial a que foi aposto. Recuso extraordinário conhecido e provido.<sup>8</sup>*

O STJ, contribuindo para o debate, atenta para a natureza dos tratados, que não podem revogar inteiramente a lei interna anterior, já que esta, por ocasião da eventual denúncia do tratado, poderá voltar a vigorar:

*Lei-Tratado. O tratado não se revoga com a edição de lei que contrarie norma nele contida. Perderá, entretanto, eficácia, quanto ao ponto em que exista antinomia, prevalecendo a norma*

Pádua Ribeiro: "(...) I. — O Pacto de São José da Costa Rica não derogou as normas infraconstitucionais sobre a prisão civil de depositário infiel. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal."

<sup>8</sup> Jacob Dolinger, *Direito Internacional Privado — Parte Geral*, 7ª ed., 2003, p. 102 e ss. faz um sumário dos votos dos Ministros.

*legal. Aplicação dos princípios, pertinentes à sucessão temporal das normas, previstos na Lei de Introdução ao Código Civil. A lei superveniente, de caráter geral, não afeta as disposições especiais contidas em tratado. Subsistência das normas constantes da Convenção de Varsóvia, sobre transporte aéreo, ainda que disponham diversamente do contido no Código de Defesa do Consumidor.<sup>9</sup>*

Mais recentemente, há os que questionam a terminologia empregada, entendendo que esse sistema, adotado entre nós, deveria se denominar dualismo moderado, pois, como visto acima, quando se expôs o sistema de internalização dos tratados, exige-se a promulgação de decreto presidencial que marca o início da vigência do tratado no plano interno. A meu ver, sem razão os que assim entendem, pois o dualismo pressupõe a promulgação de lei que reproduza os termos do tratado para que ele possa vigorar no plano interno, o que não é o caso. O Brasil exige a promulgação do referido decreto tanto para os tratados que tenham vigência somente para as relações internacionais como para aquelas internas. Ademais, no dualismo, a lei interna passa a ter existência própria, independente do tratado, que vige somente no plano internacional, o que também não ocorre entre nós. A denúncia do tratado implica a sua revogação tanto no plano interno como no internacional, sem que se exija uma revogação específica do decreto presidencial que faz o diploma convencional vigorar no plano interno.

Excetuam-se a esta regra (monismo moderado) principalmente as normas tributárias, por força do art. 98 do CTN: "Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha."

Todavia, recentemente, o STJ tem entendido que o citado dispositivo estabelece, em matéria tributária, a supremacia dos tratados internacionais sobre a legislação interna, mas só no caso dos chamados *tratados-contrato*, que prevêm obrigações recíprocas para as partes contratantes. Portanto, em se tratando de tratados-*lei*, que estabelecem regras gerais de conduta, prevalece a regra *posteriori derogat priori*<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> STJ, j. 13 dez. 1995, REsp 58.736/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro.

<sup>10</sup> STJ, DJU 27 ago. 2003, MC 6.567/PR, Rel. Min. Teori A. Zavascki: "(...)

### c) tratados de direitos humanos

Em matéria de direitos humanos, a CF 1967, art. 150, §35, já estabelecia: "A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota."

Seguindo essa linha, o texto original da CF de 1988 vai um pouco além, referindo-se aos direitos e garantias expressos em tratados ratificados pelo país: "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." Parte da doutrina, adotando posição progressista, já entendia que, em matéria de direitos e garantias individuais, a Carta de 1988 estabeleceu que tais tratados gozam de hierarquia de norma constitucional<sup>11</sup>. Tal posição não foi aceita pelo STF<sup>12</sup>.

O texto introduzido pela Emenda, atualmente em vigor, não deixa dúvidas: os tratados internacionais sobre direitos humanos têm a mesma hierarquia das emendas constitucionais, desde que obedecido o quorum privilegiado de aprovação dessas.

Restam, entretanto, inúmeras questões a serem respondidas, muitas das quais serão enfrentadas aos poucos pela doutrina: a) É

---

Alega a requerente que a lei ordinária não pode revogar as disposições da Convenção para evitar a dupla tributação sobre a renda entre Brasil e Suécia, a qual constitui lei especial em face da legislação interna, de caráter geral. Sustenta que o acórdão, ao reconhecer a prevalência do art. 75 da Lei nº 8.393/91 sobre o art. 24 do Decreto nº 77.053/76, acarretou ofensa a esta norma e ao art. 98 do CTN, bem como ao princípio da isonomia, pois estabelece tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente em face da legislação tributária. (...) 3. Não há verossimilhança nos fundamentos do pedido de cautelar. A tese contida no acórdão do Tribunal de origem mostra-se compatível com entendimento jurisprudencial desta Corte, ao qual me filio, segundo o qual a parte final do art. 98 do CTN aplica-se somente aos tratados contratuais. Nesse sentido, Resp. nº 196560/RJ, 1ª Turma, Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 10.05.1999. (...)"

11 Flavia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Internacional*, 6ª ed., 2004, p. 75 e ss..

12 STF, DJU 1º ago. 2003, HC 72.131/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio; STF, DJU 05 set. 2003, RE 206.482/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa; STF, DJU 02 fev. 2001, HC 76.561/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, STF, DJU 10 set. 1999, RE 243.613/SP, Rel. Min. Carlos Velloso.

possível a aprovação de um tratado sobre a matéria, com quorum simples? Quanto a esse ponto, a solução não suscita maiores problemas: os tratados aprovados por quorum simples adquirem o status de lei ordinária, como qualquer outro tratado ratificado pelo país, submetendo-se ao critério geral de que o *posteriori derogat priori*; b) Como ficam os tratados de direitos humanos aprovados antes da EC nº 45? Quanto a essa questão, acredita-se também poder ser resolvida facilmente: os tratados aprovados continuam a vigorar com status de lei ordinária, já que não se submeteram ao quorum privilegiado estabelecido na Emenda; c) Após a sua aprovação, tais tratados podem ser denunciados pelo Executivo, seguindo a regra geral de denúncia dos tratados?

A doutrina tradicional defende que cabe ao Executivo a denúncia dos tratados, mas decisão recente do STF contraria esse entendimento e pressupõe que, se são indispensáveis duas vontades (a do Executivo e a do Legislativo) para que um pacto entre em vigor no País, essas mesmas vontades devem ser necessárias para a revogação do ato<sup>13</sup>.

No Brasil, via de regra, o tratado e a lei ordinária têm o mesmo grau hierárquico; como o Legislativo tem papel imprescindível (ressalvadas as medidas provisórias) na revogação das leis em geral, pode-se cogitar de que o Congresso devesse interferir também na revogação dos pactos internacionais.

Por outro lado, a vontade do Legislativo só é fundamental para a vigência interna do tratado. O Presidente da República é o responsável pelas relações internacionais (CF, art. 84, VII); assim, todas as questões atinentes a essas relações incumbem exclusiva-

13 STF, Informativo STF nº 323, ADIn 1.625/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa: "Convenção 158 da OIT e Denúncia Unilateral – Iniciado o julgamento de ação direta (...) contra o Decreto 2.100/96, por meio do qual o Presidente da República torna pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção 158 da OIT (...) o Min. Maurício Corrêa, relator, entendendo evidenciado o caráter normativo do Decreto impugnado, e considerando que a derrogação de tratados e convenções internacionais, à semelhança do que ocorre para que sejam positivados, exige, para a sua concretização no âmbito interno, a manifestação conjugada dos Poderes Executivo e Legislativo, proferiu voto no sentido de julgar procedente em parte o pedido formulado na ação direta, a fim de emprestar, ao Decreto impugnado, interpretação conforme ao art. 49, I, da CF, segundo a qual a denúncia formalizada pelo Presidente da República condiciona-se ao referendo do Congresso Nacional, a partir do que produzirá eficácia plena (...)"

mente ao Chefe do Poder Executivo. Caso o Legislativo pretenda manter em vigor um pacto que tenha sido objeto de denúncia, a única maneira possível é aprovar as mesmas normas convencionais por meio de lei ordinária, cuja elaboração compete, via de regra, àquele Poder da República.

Todavia, atente-se, se tem importante consequência que decorre da nova redação do dispositivo. O art. 60, § 4º, IV, da CF determina que não serão apreciadas as emendas tendentes a abolir os direitos e garantias individuais. Como a nova redação do dispositivo equiparou os tratados de direitos humanos às emendas constitucionais, os tratados internacionais que tratem da matéria, não podem ser objeto de denúncia pelo Presidente, até porque nem mesmo com o aval do Congresso tais regras podem ser revogadas. Assim, tais diplomas, uma vez ratificados, passam a integrar definitivamente o ordenamento nacional, sem possibilidade de denúncia pelo Executivo.

## II- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

“§4º. O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.”

Com relação a esse dispositivo, há que se analisar primeiramente a sua necessidade. Por que o legislador constituinte achou por bem prever expressamente a jurisdição do Tribunal Penal Internacional?

O Brasil ratificou o Estatuto de Roma pelo Decreto nº 4.388 de 25.09.2002, já estando, portanto, obrigado a obedecer aos seus dispositivos. Desnecessária, assim, teoricamente, a previsão expressa da jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Todavia, como já se questionou a constitucionalidade de alguns de seus dispositivos<sup>14</sup>, especificamente do que determina a entrega de nacionais e do que admite a pena de prisão perpétua, o legislador constituinte derivado, por precaução, resolveu inserir esse dis-

<sup>14</sup> Veja-se André de Carvalho Ramos, O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. In: Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos (org.), *Tribunal Penal Internacional*, 2002, p. 245-89.

positivo, visando assegurar efetividade ao referido Estatuto, objetivamente louvável.

A entrega de nacionais é prevista no art. 12 do Estatuto:

### Condições Prévias ao Exercício da Jurisdição

1. O Estado que se torne Parte no presente Estatuto, aceitará a jurisdição do Tribunal relativamente aos crimes a que se refere o artigo 5.

2. Nos casos referidos nos parágrafos a) ou c) do artigo 13, o Tribunal poderá exercer a sua jurisdição se um ou mais Estados a seguir identificados forem Partes no presente Estatuto ou aceitarem a competência do Tribunal de acordo com o disposto no parágrafo 3:

b) Estado de que seja nacional a pessoa a quem é imputado um crime.”

Já se argumentou que tal dispositivo violaria o art. 5º, LI, da CF que proíbe a extradição de nacionais: “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.”

Tal crítica não tem fundamento, até porque, como já apontado, o dispositivo constitucional proíbe a extradição de nacionais e aqui se trata da entrega do indivíduo ao Tribunal. Note-se que não se trata de questão meramente terminológica: perquirindo-se a finalidade do dispositivo, proíbe-se que outro Estado soberano julgue nacional brasileiro e não que Tribunal – do qual o país faça parte por força de tratado ratificado pelo Congresso – possa julgá-lo.

Ademais, já se questionou também a constitucionalidade do art. 77 do Estatuto que prevê a aplicação da pena de prisão perpétua, face ao art. 5º, XLVII, b, da Constituição:

### Penas Aplicáveis

1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5º do presente Estatuto uma das seguintes penas:

b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem.”

O STF já apreciou a questão da aplicação da pena de prisão perpétua em pedidos de extradição<sup>15</sup>. Com efeito, a partir do julgamento da extradição nº 426 (*caso Russel Wayne Weisse*)<sup>16</sup>, alterando entendimento anterior<sup>17</sup>, o Supremo deferiu a extradição sem a necessidade de comutação da pena de prisão perpétua em restrição de liberdade por no máximo 30 anos<sup>18</sup>. Além disto, argumentou-se que nem a Lei nº 6.815/80, art. 91, III, nem a maioria dos tratados de extradição em vigor impõem esta comutação senão para a pena de morte ou corporal. As decisões posteriores mantêm esta posição<sup>19</sup>. Assim, o entendimento do STF é de que a regra constitucional aplica-se somente às penas cumpridas em território nacional.

### III- HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS E EXEQUATUR DE CARTAS ROGATÓRIAS

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça.

I – processar e julgar, originariamente:

.....  
i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias;”

15 Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso, Algumas Questões sobre a Extradicação no Direito Brasileiro, *Revista dos Tribunais* 787:437-60, 2001.

16 STF, *RTJ* 115/969, Ext 426/EU, Rel. Min. Rafael Mayer.

17 STF, *RTJ* 108/18, Ext 399/FR, Rel. Min. Aldir Passarinho e *RTJ* 111/16, Ext 417/AT, Rel. Min. Alfredo Buzaid.

18 Do voto do Ministro Sidney Sanches se extrai que: “É certo que o § 11 do art. 153 da CF [de 1967 conforme emenda nº 1 de 1969] impede no território nacional a pena de prisão perpétua. Mas somente pode operar nesse âmbito, afetando apenas os brasileiros e alienígenas que aqui tenham de ser julgados. Não há de vincular nações estrangeiras, a ponto de impedir que punam seus nacionais com esse tipo de sanção.”

19 Vejam-se as seguintes Extradicações nºs 588 (*RT* 752/509), 429 (*RTJ* 119/483), 472 (*RTJ* 128/998), 486 (*RTJ* 132/1083), 469 (*RTJ* 136/1051), 669 (*DJU* 29 mar. 1996), 773 (*DJU* 28 abr. 2000).