CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
FACULDADE DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO – "DIREITO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS"
DIREITO DOS TRATADOS

"TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 45"

Monografia apresentada por **Simírame Pereira Leite**, como requisito para obtenção de nota na Disciplina Direito dos Tratados, ministrada pelo Prof. Dr. **Antônio Cachapuz de Medeiros**.

Brasília/DF - dezembro – 2005

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....1

1.O Poder de Celebrar Tratados no Ordenamento Brasileiro – "Treaty-making Power".....2

2. Incorporação dos Tratados no ordenamento jurídico brasileiro.....4

2.1. O conceito de tratados e forma.....4

2.2. Sujeito do Direito Internacional.....5

2.3. O Processo de Formação dos tratados internacionais na Constituição de 1988.....7

3. A hierarquia dos tratados no sistema jurídico pátrio.....11

4. O alcance do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal.....21

5. Posição Jurisprudencial a respeito da hierarquia dos tratados e do conflito entre estes e a lei interna.....23

6. Tratados Internacionais sobre direitos humanos e a sua incorporação como Emenda Constitucional.....27

REFERÊNCIA.....34

TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45

Introdução

O presente trabalho tem o objetivo de fazer algumas reflexões a respeito da incorporação das convenções e tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro, após a Emenda Constitucional nº 45. Antes, porém, analisar-se-á o tratamento dado pela Constituição brasileira de 1988 ao procedimento de ingresso dos tratados e convenções internacionais, em geral, no ordenamento pátrio. Em seguida, verificar-se-á o tratamento dispensado pela Carta de 1988 aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, no que tange à sua integração, eficácia e aplicabilidade no ordenamento brasileiro.

Será também verificada a competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, interpretando-se de maneira ampla os dispositivos constitucionais que regulamentam a matéria. Logo depois será examinado o problema da hierarquia e aplicação de tais tratados no nosso direito pátrio.

Finalmente, serão analisadas as críticas de parte da doutrina com relação à hierarquia constitucional e incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Em seguida será examinado o parágrafo 3º, do artigo 5º, da Carta Constitucional, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, que passa a estabelecer o processo de integração diferenciado e status de Emenda Constitucional aos tratados e convenções de direitos humanos, se forem

aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, com o quorum qualificado de três quintos dos votos dos respectivos membros.

Ainda, será matéria de análise o Projeto de Resolução que tramita na Câmara dos Deputados, esse Projeto visa alterar o rito de tramitação dos tratados e convenções internacionais em matéria de direitos humanos.

1 - O Poder de Celebrar Tratados no Ordenamento Brasileiro - "Treaty-making Power".

As etapas pelas quais passam os tratados internacionais antes de entrarem em vigor, são de extrema importância para sua perfeita efetividade no ordenamento interno dos Estados. A essas etapas se dá o nome de poder de celebrar tratados ou "treaty-making power".

O poder de celebrar tratados como atribuição do Executivo, mas *ad referendum* do Congresso Nacional é "uma autêntica expressão da sistemática de *checks and balances"*. Esse mecanismo de descentralizar e limitar o pode de celebrar tratados é uma forma de prevenir eventual abuso desse poder.

Na Carta Constitucional de 1988 constam preceitos relacionados ao procedimento de ingresso, execução e à incorporação dos tratados internacionais e a seus efeitos na ordem jurídica interna, isso tudo decorre de um ato complexo, resultante da conjugação de vontades do Congresso Nacional, que resolve definitivamente sobre tratados, mediante decreto legislativo (art. 49, I), e do Presidente da República que os assina, ratifica e promulga internamente mediante decreto (art. 84, VIII).

Eis os artigos *in verbis:*

"Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(…)

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; (…)"

"Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; (…)"

Segundo o professor Antônio Cachapuz de Medeiros, houve grande decepção dos juristas, principalmente com o artigo 49, inciso I. Eis algumas afirmações:

Manoel Gonçalves Filho constatou *redação inadequada;* José Sette Câmara, *texto confuso;* Oscar Dias Corrêa, *letra defeituosa.* Continuando: *a redação não foi das mais felizes,* afirmou Celso de Albuquerque Mello; (...), *manteve-se fiel à nossa má tradição constitucional na matéria, não tendo nem mesmo incorporado no texto os poucos avanços contidos no Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização,* declarou João Grandino Rodas. [1]

Segundo o autor, a Carta de 1988 perdeu a oportunidade de disciplinar de maneira moderna e clara a competência para celebrar tratados, tendo ainda, ampliado a divergência doutrinária, dividindo-á entre aqueles que entendem que a deliberação do Legislativo deverá ser para todos os acordos internacionais celebrados pelo Executivo e outros que admitem a celebração de alguns acordos internacionais apenas pelo Executivo, sem a aprovação do Congresso Nacional. [2]

Entre os primeiros está Manoel Gonçalves Filho, José Cretella Júnior, Pinto Ferreira, Luís Ivani de Amorim Araújo, Oscar Dias Corrêa, Elcias Ferreira da Costa e Roberto de Barros Lellis. Entre os segundos está Celso de Albuquerque Mello, Guido Fernando Silva Soares, José

[1] MEDEIROS, Antônio Cachapuz de. O Poder de celebrar tratados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 382.
[2] MEDEIROS, Antônio Cachapuz de. O Poder de celebrar tratados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 383.

Francisco Rezek, José Sette Câmara, Antônio Augusto Cançado Trindade e Vicente Marotta Rangel.[3]

Mas, o que há é realmente uma aparente contradição entre os artigos citados, como diz o professor Cachapuz, "do ponto de vista histórico-teleológico", a hipótese só pode ser a de que o constituinte originário desejou estabelecer a obrigatoriedade do assentimento do Congresso Nacional para os tratados internacionais, dando especial relevo para aqueles que possam acarretar encargos, gravames, ônus financeiros, para o patrimônio nacional. E mais ainda, "do ponto de vista lógico-sistemático", deve-se levar em consideração o fato de os dois dispositivos fazerem parte do mesmo título, o qual seja "Da organização dos Poderes". O artigo 84, VIII, dispõe como poder exclusivo do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; ao passo que o artigo 49, I, estabelece como competência exclusiva do Congresso Nacional a aprovação de tratados, acordos e de atos internacionais, que acarretarem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.[4]

2 - Incorporação dos Tratados Internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1. O conceito de tratados e forma.

Antes, porém, convém-nos saber o vem a ser tratado. Nas palavras do eminente internacionalista Francisco Rezek, tratado é "[...] todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos".[5]

Siqueira Júnior diz que há uma variedade de denominações para os tratados: convenção, ato, protocolo, convênio, ajuste e acordo. Tratados e Convenções são expressões sinônimas.

---

[3] MEDEIROS, Antônio Cachapuz de. O Poder de celebrar tratados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 383.
[4] MEDEIROS, Antônio Cachapuz de. O Poder de celebrar tratados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 397.
[5] REZEK, José Francisco. Direito internacional público. 6. ed.. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 14.

Acordo, convênio, ajuste, arranjo são atos internacionais de maior ou menor alcance, tanto de caráter bilateral, como de caráter multilateral.[6]

Os tratados internacionais, na definição do Professor Celso Ribeiro Bastos: "[...] são acordos formais, eis que, à moda do que acontece com os contratos no direito interno, demandam eles uma concordância de vontades, o que os distingue do ato jurídico unilateral."[7]

O tratado internacional é um instrumento formal, não é admitida a oralidade, assim consta da Convenção de Havana sobre Tratados, de 1928, em seu artigo 2º, que "É condição essencial nos tratados a forma escrita".

A Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados, concluída em maio de 1969, considerada a "Lei dos Tratados", pois se constitui em importante instrumento no caminho da codificação do direito internacional público, mas que só entrou em vigor em 27 de janeiro de 1980, também mantêm a exigência da forma escrita para os tratados – ao dizer em seu artigo 2º, 1, a) que:

"[...] «Tratado» designa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer esteja consignado num instrumento único, quer em dois ou mais instrumentos conexos, e qualquer que seja a sua denominação particular;"

2.3. Sujeito do Direito Internacional

O Sujeito do DIP é toda entidade jurídica que goza de direitos e deveres internacionais e que possua capacidade de exerce-los (Accioly).[8]

---

[6] SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Tratados internacionais de direitos humanos. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, nº 43, p. 7-30, abr./jun. 2003, p. 9

[7] BASTOS, Celso Ribeiro. Dicionário de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 216.

[8] ACCIOLY, Hidelbrando. Manual de direito internacional público. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 23-25.

A partir da Primeira Guerra Mundial, formou-se a Sociedade das Nações, momento em que o DI se expandiu. Nessa época surgiram novos participantes da sociedade internacional; tais como organizações intergovernamentais, criadas e a serviço dos Estados e organizações não governamentais, criadas por particulares. Esses organismos têm, cada vez mais, adquirido direito à personalidade legal internacional, apesar desse direito ser outorgado por tratados entre Estados.

Essa transição acelerou-se após a Segunda Guerra Mundial, ajudando a alterar a definição de sujeitos do DI na sociedade internacional contemporânea, em o Estado que era qualificado simplesmente como "o sujeito do DI", hoje é qualificado como sujeito primário do Direito Internacional.

Além do Estado-Nação, há também Coletividades não Estatais, que também gozam do status de "sujeito do DI", tais como: Santa Sé –Acordo de Latrão: reconheceu a soberania no domínio internacional da Santa Sé; direito à plena propriedade; jurisdição soberana sobre o Vaticano; Cruz Vermelha: a personalidade jurídica internacional é do Comitê Internacional.

Já as Organizações Internacionais são criadas por vontade dos Estados e, portanto dependentes deles na maioria de suas atividades. São criados por meio de tratados: Organização das Nações Unidas – ONU; Organização dos Estados Americanos – OEA; Organização Internacional do Trabalho – OIT; Organização Mundial de Saúde – OMS; Organização mundial do Comércio – OMC; Banco Inter-Americano de Desenvolvimento – BID; Fundo Monetário Internacional – FMI; União Africana – UA; União Européia – EU; entre outros.

2.3. O processo de formação dos tratados internacionais na Constituição de 1988.

A Constituição de 1988 estabelece em seu art. 84, inciso VIII, que é de competência privativa do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. No art. 49, inciso I, a Constituição também dispõe que é da

competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre os tratados, acordos ou instrumentos internacionais.

Dessa forma o tratado internacional para ser incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, e, em conseqüência, ter força obrigatória, ou seja, gerar direitos e obrigações, deverá necessariamente cumprir as três fases distintas a seguir:

a) ser celebrado pelo Presidente da República, em nome da República Federativa do Brasil (CF, art. 84, VIII).

b) ser aprovado pelo Congresso Nacional, por decreto legislativo (CF, art. 49, I);

c) ser promulgado pelo Presidente da República, por decreto (CF, art. 84, IV). É neste momento que o Tratado Internacional adquire executoriedade.

Inicialmente, o Chefe de Estado firma, no âmbito internacional, o tratado ou convenção. A assinatura do tratado ou convenção, quase sempre, se dá por intermédio de um plenipotenciário do Chefe de Estado, em geral é o Ministro de Estado das Relações Exteriores ou um Embaixador.

Posteriormente, o tratado ou convenção é submetido à aprovação do Congresso Nacional, que ao aprovar o ato, o faz por meio de decreto legislativo. Esse decreto legislativo é – segundo Pontes de Miranda – uma lei sem sanção, ou seja, um ato do Congresso Nacional que tem a mesma estatura de uma lei, mas que se completa sem a intervenção do Presidente da República. Ele manifesta uma competência que é exclusiva do Poder Legislativo.[9]

Aprovado pelo Legislativo, o tratado ou a convenção internacional é levado à promulgação pelo Executivo. A promulgação se dá por decreto presidencial. É quando o tratado ou convenção recebe o "*exequatur*", isto é, passa a ter eficácia no Direito brasileiro. Não há previsão constitucional ou legal de decreto presidencial de promulgação do ato internacional.

[9] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, tomo 3, 2ª edição, São Paulo: RT, 1970, p. 142.

Trata-se de uma *"praxe tão antiga quanto a Independência e os primeiros exercícios convencionais do Império"*.[10]

Além dos dois dispositivos, o art. 49 e 84 da Constituição Federal, não há qualquer dispositivo que estabeleça a relação entre o Direito Internacional e Interno, exceto no que diz respeito aos tratados de direitos humanos. Não há qualquer referência expressa às correntes monista ou dualista.

Para a primeira corrente, o Direito Internacional e Interno compõem-se de uma mesma ordem. A monista entende que o ato de ratificação do tratado, por si só, é capaz de produzir efeitos jurídicos no plano internacional e interno, simultaneamente, ou seja, o tratado ratificado obriga no plano internacional e interno.

Para a segunda corrente, o Direito Internacional e Interno constituem ordens separadas, incomunicáveis e distintas. De acordo com corrente dualista, a ratificação gera efeitos no plano internacional, para que o tratado gere efeitos no plano interno é necessário o ato jurídico interno, o decreto de execução.

A falta de disposição constitucional, quanto à relação do Direito Internacional e o Direito Interno, tem trazido divergência quanto à real forma de incorporação dos tratados, isto é, se a Constituição adotou a incorporação automática, após a ratificação; ou somente após decreto de execução.

Porém, diante do silêncio constitucional, a doutrina predominante entende que o Brasil adotou a corrente monista. Para essa corrente o decreto de execução expedido pelo Presidente da República, com a finalidade de promulgar o tratado que fora ratificado na ordem jurídica interna, é suficiente para o cumprimento do ato e publicidade na esfera interna.

---

[10] REZEK, José Francisco. Direito internacional Público, 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 83.

Pela prática brasileira, o Presidente da República, a quem a Constituição dá competência privativa para celebrar tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, VIII), deve expedir um decreto de execução, juntamente com o conteúdo do tratado ou acordo, promulgando-o e publicando-o no Diário Oficial da União. É nesse momento que ocorre a materialização do tratado ou acordo em norma do ordenamento interno.

O decreto de execução presidencial é, nas palavras de Mirtô Fraga "o atestado de existência de uma regra jurídica, regularmente concluída, em obediência ao processo específico, instituído na Lei Maior".[11]

Neste sentido afirma GRANDINO RODAS:

> "Embora as Constituições Brasileiras da República incluindo a vigente, não façam qualquer referência [à promulgação de tratados], esse costume vem sendo mantido. Consoante a praxe atual, a Divisão de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores redige o instrumento do decreto, que será acompanhado do texto do tratado e, eventualmente, de tradução oficial. Tal decreto é publicado no Diário Oficial da União, após assinatura do Presidente da República, referendada pelo Ministro das Relações Exteriores. Relativamente aos acordos em forma simplificada, não submetidos à aprovação do Congresso, a promulgação pelo Executivo é dispensada, respeitando-se apenas a formalidade da publicação". E finaliza o autor: "Durante a última Assembléia Constituinte houve proposta para que o Direito Internacional aceito pelo Brasil fosse incorporado imediatamente ao Direito interno brasileiro, contudo a mesma não vingou"[12]. (pp. 54-55).

A finalidade da promulgação é atestar que todas as formalidades internas necessárias para celebração do tratado internacional foram cumpridas e que o mesmo já existe. Ou seja, o

---

[11] FRAGA, Mitrô. O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 127.

[12] RODAS, João Grandino. Tratados internacionais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.WEIS, Carlos. Direitos humanos contemporâneos. São Paulo: Malheiros Editores, 1998 pp. 54-55.

compromisso assumido, anteriormente, perante os demais Estados-partes, é perfeitamente exigível e todos estão obrigados a sua observância.

A Convenção de Havana sobre Tratados Internacionais, ainda em vigor também no Brasil, em seu artigo 4.º dispõe que "Os tratados serão publicados imediatamente depois da troca das ratificações." E que "A omissão, no cumprimento desta obrigação internacional, não prejudicará a vigência dos tratados, nem a exigibilidade das obrigações neles contidas."

Vimos então que com a promulgação, o tratado que fora assinado, aprovado pelo Legislativo e ratificado pelo Executivo passa a vigorar, tornando-se de conhecimento de todos, submetendo cidadãos e tribunais. Nas palavras de Mirtô Fraga "o tratado promulgado por decreto do Executivo deixa, no âmbito interno do Estado, de ser Direito Internacional, para ser disposição legislativa interna."[13]

A ratificação é "ato formal pelo qual a parte contratante exprime sua aceitação final do tratado e notifica desse fato à outra ou as outras partes, por meio do depósito ou troca de instrumentos".[14]

Para Francisco Rezek, o conceito de ratificação não é exatamente o de 'confirmação' do tratado como ato constitucional doméstico, a cargo do parlamento, pois, se o pacto internacional envolve diversos Estados soberanos, não seria cabível supor que uma ou mais soberanias co-pactuantes, já acertadas com o governo do Estado de referência, fossem ficar na expectativa do abono final do parlamento deste. Portanto, a 'ratificação' é, em sentido técnico, aquela que acontece no plano internacional, como ato unilateral com que o sujeito de direito - pessoa jurídica

[13] FRAGA, Mirtô. O Conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 63-64.
[14] BORJA, Sérgio. A incorporação dos tratados no sistema constitucional brasileiro. Revista de Direito Internacional e do Mercosul, n. 4, p. 81-120, ago./set. 2001, p.93.

de direito público externo-signatário de um tratado, exprime definitivamente, no plano externo, sua vontade de obrigar-se.[15]

Por isso a 'ratificação' não pode ser entendida senão como ato internacional, praticado no âmbito das relações exteriores, pelo titular do poder executivo, como forma de confirmar aquilo que deixara pendente ao terminar a fase negocial do acordo internacional.

A ratificação é ato de fundamental importância no processo de conclusão dos tratados, porquanto é a troca dos instrumentos de ratificação que torna o tratado obrigatório. Isso não invalida a importância e valor que tem a assinatura do tratado, notadamente porque o princípio da boa-fé a regra do *pacta sunt servanda* asseguram que o Estado não pode praticar atos contrários ao tratado que assinou.

3. A hierarquia dos tratados no sistema jurídico pátrio

As normas de introdução do tratado ou convenção no ordenamento pátrio são o decreto de aprovação, do Legislativo e o decreto de execução, do executivo. Isso dá conforme disposição dos arts. 84, VIII, e 49, I; que respectivamente estabelecem competir privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Portanto, o Estado brasileiro para inovar sua ordem jurídica por meio do tratado internacional, deve obter a conjugação de vontades dos poderes executivo e judiciário, o primeiro com competência para firmar o tratado e segundo para aprová-lo.[16]

Dentro das espécies do Processo Legislativo está previsto no art. 59, VI, da Constituição Federal, o Decreto Legislativo. Este tem a função de regular matérias de competência exclusiva

[15] REZEK, José Francisco. Direito internacional público. 6. ed.. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 54.
[16] SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Tratados internacionais de direitos humanos. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, nº 43, p. 7-30, abr./jun. 2003, p. 16.

do Congresso Nacional, entre elas, "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais [...]", art. 49, I. As matérias de decretos legislativos são aprovadas por *quorum* simples, presente a maioria absoluta de cada casa, conforme estabelece o art. 47 da Constituição.

Após a tramitação e aprovação congressual, o ato internacional é promulgado por meio de decreto presidencial, momento em que o tratado ou convenção recebe o exequatur, passando a ter eficácia no Direito Brasileiro. Com já havíamos dito anteriormente, o decreto presidencial de promulgação não é imperativo constitucional ou legal, mas é praxe que vem sendo adotada desde o Império, assevera Francisco Rezek.[17]

Mas diante de tudo acima exposto, qual será a posição hierárquica dos tratados e convenções internacionais no ordenamento jurídico brasileiro? Se observarmos com atenção a evolução das Constituições brasileiras é possível perceber que nunca houve vontade do Constituinte brasileiro de se inserir qualquer disposição sobre a posição hierárquica do tratado internacional diante do Direito interno nos textos constitucionais. À ausência de dispositivos constitucionais, essa tarefa coube à doutrina e jurisprudência.

Em ambas, doutrina e jurisprudência, tem prevalecido a teoria monista no caso de conflitos entre tratados e leis internas. Todavia, essa posição monista não é completamente uniforme, mas é possível dizer que na doutrina brasileira há uma preponderância da teoria monista, contra uma parca corrente da teoria dualista.

Além das teorias dualista e monista, há ainda, três correntes doutrinárias, dentro de uma visão mais monista, sendo por vezes radical e por outras moderada, prevalecendo mais esta, acerca da hierarquia dos tratados e convenções internacionais, com interprestações distintas.

---

[17] REZEK, José Francisco. Direito internacional Público, 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 83.

Na primeira corrente, entre outros, filiam-se Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Valério de Oliveira Mazzuolli. Flávia entende que por força do art. 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição, os tratados de direitos humanos apresentam hierarquia de norma constitucional e têm aplicação imediata, já os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional, mas supra legal, não podendo, contudo, serem revogados por lei posterior como o restante das leis.[18]

Assim sendo, o entendimento esposado por esta moderna corrente entende que existem dois regimes jurídicos em matéria de instrumentos internacionais no Brasil. O regime jurídico comum, para os tratados em geral, com *status* hierárquico igual ao das leis ordinárias, e o regime jurídico especial e próprio dos tratados em matéria de direitos humanos, com *status* hierárquico equiparado ao de normas constitucionais, devido às disposições constantes dos parágrafos 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal.

Em conseqüência do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos, nenhuma norma legal poderia sobrepor-se às normas de um tratado que venha proteger direitos e garantias individuais.

Aceitar essa teoria seria admitir que, por meio do decreto legislativo, a Carta Constitucional pudesse ser emendada. Não seria razoável que tratados referendados por decreto legislativo e aprovado por maioria simples, viessem ser equiparados ou mesmo revogar uma norma constitucional, a qual exige, para ser modificada, maioria qualificada, de três quintos, do Congresso Nacional e aprovada em dois turnos de votação. Isso resultaria em comprometimento da segurança jurídica, associado à flexibilização da rigidez constitucional. É esse o entendimento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, para ele o reconhecimento de estatura constitucional a tratados sobre direitos humanos resultaria em "admitir que a Constituição, concebida como um

[18] PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 48.

texto rígido tornar-se-ia flexível, pelo menos para efeito da adição de novos direitos". Neste sentido, uma possível contrariedade a tratado ensejaria recurso especial, ao contrário da disposição constitucional que prevê o recurso extraordinário ao STJ.[19]

Além disso, a Constituição, em seu art. 102, inciso III, alínea b, confia ao Supremo o controle da constitucionalidade tanto das leis quanto dos tratados internacionais, por considerá-los normas infraconstitucionais, ou seja, no mesmo nível hierárquico, formal e material das leis ordinárias. Se fosse admitida essa hipótese, implicaria admitir a existência de normas constitucionais inconstitucionais, ou seja, a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias. Esse é mais um impedimento para que seja adotada a posição da primeira corrente, que defende o *status* de norma constitucional aos tratados de direitos humanos. Diante dessa exposição, claro está que o Brasil consagrou o princípio da supremacia da Constituição, baseado na teoria de Kelsen, ao conceder ao Supremo Tribunal Federal competência para declarar a inconstitucionalidade dos tratados.[20]

Outro argumento utilizado pela primeira corrente é de que os tratados seriam recebidos na ordem jurídica interna como DI e não como leis internas, estariam submetidos a uma cláusula geral de recepção plena. E sendo assim seus efeitos só poderiam ser suspensos por procedimentos próprios e não por meio de leis ordinárias. Esse entendimento vem de encontro ao entendimento de que as normas de DI só se tornam válidas no ordenamento interno após aprovação pelo Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo que traz o conteúdo do tratado em seu corpo.

Seria flagrantemente inconstitucional admitir a incorporação automática de tratado, prescindindo da aprovação pelo Congresso Nacional mediante Decreto Legislativo e da publicação de decreto executivo, para que produza os seus efeitos na ordem jurídica interna e

---

[19] MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** São Paulo: Saraiva, 1996, p. 178.
[20] KELSEN, Hans. apud COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 28.

internacional, uma vez que se trata de disposição constitucional o procedimento de recepção dos tratados, conforme estabelece o artigo 49, I, combinado com o art. 84, VIII da Constituição Federal.

O tratado uma vez em vigor, por meio de um decreto legislativo, poderá revogar lei anterior se incompatível com o seu texto, assim como lei posterior poderá revogar um decreto legislativo no que com ela seja incompatível. Isso forçará a denúncia do tratado na ordem internacional, pois essa é a maneira formal de um Estado comunicar a outra parte o seu intento de não mais cumprir o tratado.

Se houver qualquer ofensa ao texto de um tratado ou lei federal o instrumento adequado é o Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, conforme o artigo 105, inciso III, alínea "a". O Supremo só se manifesta com relação aos tratados ou lei federal quando for para declarar a inconstitucionalidade de um deles, conforme artigo 103, inciso III, alínea "b", reafirmando, dessa forma, a infraconstitucionalidade e igualdade hierárquica de ambos.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consagrou esse entendimento no RE nº 80.004/SE, de 1º de junho de 1977, que teve como relator para o Acórdão o Ministro Cunha Peixoto. Esse Recurso Extraordinário refere-se ao julgamento envolvendo a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, que entrou em vigor com o Decreto 57.663, de 24/01/1966, e a edição posterior do Decreto-Lei 427/69, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título. O conflito versava sobre garantia cambiária, o aval aposto em nota promissória. E como esta não foi registrada no prazo decadencial, conforme disposição do Decreto-Lei n° 427, de 22/01/69, ocorreu a nulidade por vício de forma. Porém, a despeito disso, o credor (recorrido) moveu contra o avalista (recorrente) ação ordinária de cobrança, julgada extinta em face de vício formal verificado. O Tribunal de Justiça do Sergipe reformou a decisão de primeira instância,

sustentando que a falta de registro do título, por si só, não invalidaria a responsabilidade do avalista, que poderia ser executado pela vias ordinárias. Diante disso, o avalista interpôs recurso extraordinário, sob o fundamento de divergência jurisprudencial. O recorrido alegava, por sua vez, a invalidade do Decreto-Lei 427, de 22/01/1069, face à Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias da Convenção de Genebra, no ponto que cominava sanção de nulidade para cambial não levada a registro instituído pelo referido Decreto-Lei, que teria indevidamente alterado ou derrogado a Convenção de Genebra. O STF recebeu o recurso para verificar a constitucionalidade e validade do Decreto-Lei nº 427/69. A discussão referia-se à obrigatoriedade ou não da necessidade aposição de aval em nota promissória, uma exigência formal de validade do título que não constava do tratado internacional, tendo prevalecido, no caso, o Decreto-lei 427/69, confirmando o princípio da *lex posterior derogat priori*.

In verbis a ementa do RE 80.004-SE*:*

> 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 n. 427, de 22.1.1969. Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha Convenção de Genebra – Lei Uniforme sobre letras de Câmbio e Notas aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-lei n. 427/1969, 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 do título cambial a que foi aposto. Recurso extraordinário conhecido e provido.[21]

Outro argumento utilizado por aqueles que têm posicionamento semelhante aos partidários da primeira corrente, é de que por força do art. 98, do CTN, que dispõe: "Os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha." E combinado ao fato de o Código Tributário Nacional ter sido recepcionado pela nova Constituição de 1988, como lei complementar, este teria o condão

[21] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 80.004, de 1977. RTJ 83/809**.**

de estipular a hierarquia dos tratados, dando-lhe prevalência sobre a legislação infraconstitucional.

A discussão quanto à constitucionalidade e efetividade do artigo 98, do CTN, ainda está em aberto. Porém quando do julgamento, pelo STF, do RE 80.004-SE, o ministro Cunha Peixoto, relator do recurso, sustentou, referindo-se ao art. 98 do CTN que: "...se para a legislação tributária há um dispositivo específico sobre a irrevogabilidade do tratado por lei ordinária, este não é o princípio geral, pois se o fosse o art. 98 não teria finalidade."

A doutrina classifica os tratados internacionais em duas espécies diferentes, conforme a sua finalidade: tratados normativos e tratados contratuais. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, com base nesta distinção, posicionaram-se no sentido de que a norma contida no artigo 98 do CTN seria aplicável apenas aos tratados de natureza contratual, isto é, aos acordos firmados pelo Brasil a respeito de assuntos específicos.

Seguindo essa orientação, o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso Especial nº 90.871-PE, de 17, de julho, de 1997, manifestou entendimento no sentido ser defeso à União "firmar tratados internacionais isentando o ICMS de determinados fatos geradores, se inexistente lei estadual em tal sentido", portanto o artigo 98 do CTN deve ser interpretado em consonância com o artigo 151, III, da Constituição Federal.

Dessa forma, quando se tratar de isentar tributos estaduais, distritais e municipais, a União estará invadindo a competência estabelecida pela própria Constituição Federal, na medida em que só pode isentar quem é capaz de instituir o tributo. Caso contrário implicaria admitir que a União estaria autorizada a interferir na competência tributária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Além de estar por permitir a inversão dos princípios básicos do federalismo[22], onde

[22] DUARTE, Eduardo Avelino. Estudos sobre a posição hierárquica dos decretos legislativos que incorporam tratados. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 41, p. 69-96, out./dez.2002.

os entes federados, originalmente, delegam poderes ao ente central, a União, para que esta, em nome e interesse daqueles e segundo os poderes constitucionalmente conferidos, exerça o poder central.

Para a segunda corrente os tratados internacionais têm natureza jurídica de normas infraconstitucionais especiais. São defensores dessa corrente, entre outros, Haroldo Valadão, Hildebrando Accioly e Oscar Tenório. Haroldo Valadão (apud Dolinger, 1996, p.81), adepto da concepção monista radical de kelsen, assevera que o DI tem os seus próprios meio de revogação dos tratados, que é a denúncia por exemplo, para ele nem mesmo uma nova Constituição pode afetar tratados em vigor, ou seja, a disposição interna ainda que seja de natureza constitucional, não poderá prevalecer se contrária a um preceito internacional incontestável em vigor, ou de direito internacional convencional.[23] Para Accioly (apud Ariosi, 2000)[24] todo tratado é direito especial, ao passo que a lei pode ser considerada direito comum, baseado no princípio pelo qual "*in toto jure genus per speciem derogatur*", isto é: "em todo o direito, o geral é revogado pelo especial"[25]. Os tratados equivalem a leis especiais, por tratar-se de um acordo internacional entre diferentes Estados, não podendo, em conseqüência, ser revogado por leis ordinárias nacionais posteriores, sob pena de responsabilização do Estado na ordem internacional e de instaurar-se uma grave crise de credibilidade em futuras negociações de acordos internacionais do país com outras nações. Oscar Tenório, por sua vez, seguindo a mesma posição do monismo radical de Accioly, entende que lei posterior não pode revogar tratado anterior, mas a recíproca não é verdadeira, pois o tratado pode interferir na validade de lei anterior, na medida do

[23] DOLINGER, Jacob. "As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: um Exercício do Ecletismo", *in Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 81-82.
[24] ARIOSI, Mariângela. Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e da nova ordem internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 161.
[25]ARIOSI, Mariângela. op. Cit., p.161.

comprometimento dos signatários, dessa forma "o tratado apenas suspende temporariamente a aplicação da lei entre os Estados signatários"[26].

Para aqueles os doutrinadores que defendem status de norma especial aos tratados frente às leis internas, infraconstitucionais, há vários exemplos que os mesmos utilizam para justificar o posicionamento. O primeiro exemplo é o entendimento aposto ao art. 98 do CTN, em que o tratado prevalece sobre o direito interno, alterando a lei anterior, mas não pode ser alterado por lei superveniente. O segundo, refere-se aos casos de extradição, onde se considera que a lei interna, Lei 6.815 de 19/08/1980, que é regra geral, cede vez ao tratado, que é regra especial.[27] O terceiro, refere-se à situação prevista no artigo 178 da C. F., alterado pela Emenda nº 7 de 1995, o qual trata da ordenação dos transportes internacionais[28], conferindo primazia ao tratado pelo fato da última parte do artigo estabelecer que "...devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendendo ao princípio da reciprocidade."

A despeito das justificativas acima, de alguns doutrinadores monistas radicais, Luís Roberto Barroso assevera que a orientação do Supremo Tribunal Federal é a do monismo moderado, em que o tratado se incorpora ao direito interno no mesmo nível hierárquico da lei ordinária, sujeitando-se ao princípio consolidado: em caso de conflito, não se colocando a questão em termos de regra geral e regra particular, mas prevalece a norma posterior sobre a anterior. Ele afirma que existem apenas duas exceções no que se refere à equiparação entre tratado e lei ordinária, na jurisprudência do Supremo, que são as do artigo 98 do CTN e da Lei

---

[26] DOLINGER, Jacob. "As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: um Exercício do Ecletismo", *in Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 81.
[27] BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 19.
[28] AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. Uma reflexão acerca dos pactos e convenções internacionais e sua aplicação no ordenamento pátrio. **Revista de Direito Constitucional e Internacional,** São Paulo, n. 43, p. 31-48, abr./jun. 2003.

6.815, de 19/08/1980, referente às extradições. Porém, estas só vêm confirmar a igualdade hierárquica entre tratado e lei.[29]

A mesma sorte de interpretação têm os tratados sobre direitos humanos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e por parte da doutrina monista moderada, ou seja, o tratado de direitos humanos se incorpora ao direito interno no mesmo nível hierárquico da lei ordinária, conforme pudemos verificar linhas atrás e entendimento da terceira corrente.

Na terceira corrente, entre outros adeptos, está Manoel Gonçalves Filho, Roque Antônio Carrazza, Luís Roberto Barroso, Gilmar Ferreira Mendes. Para esta corrente há paridade entre os tratados e as demais normas, ou seja, as normas estrangeiras ingressam em nosso ordenamento interno como normas infraconstitucionais ordinárias, independentemente de tratarem de matérias de direitos humanos ou não. [30]

4. O alcance do § 2º, do artigo 5º da Constituição Federal.

Com o advento da Constituição de 1988, surgiram várias classificações dos direitos fundamentais inseridos no artigo 5º, § 2º. Dentre as várias classificações, surgiu a de Siqueira Júnior, que classifica os direitos fundamentais em dois grupos distintos:

a) direitos imediatos - são os direitos e garantias expressos de forma direta na Constituição (art. 5º, I a LXXVII);

b) direitos mediatos - são os direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios constitucionais, direitos implícitos, e os expressos em tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

---

[29]BARROSO, Luis Roberto. Id., Ibidem, p. 70.

[30] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 98-99.

Segundo o autor, os direitos imediatos, são explícitos na medida em que estão claramente enumerados no texto constitucional. Já os mediatos são implícitos na medida em que não estão enumerados no texto constitucional; como o próprio nome designa surgem de forma mediata, pois decorrem do regime e dos princípios da República Federativa do Brasil, bem como dos direitos expressos nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Porém, para o Prof. Celso de Albuquerque Mello, o § 2º do art. 5º da Constituição Federal não apenas empresta hierarquia constitucional aos tratados de proteção dos direitos humanos, mas, além disso, faz com que a norma internacional prevaleça sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma Constituição posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada, cuja grande vantagem é a de evitar que o Supremo Tribunal Federal venha a julgar a constitucionalidade dos tratados internacionais. [31] Essa é uma visão extremamente radical. Os partidários dessa teoria defendem a supremacia do tratado internacional frente à Constituição, é a teoria da internacionalização do direito constitucional. Essa não é a corrente majoritária.

O posicionamento adotado pelo legislador originário é de que existem outros direitos e garantias que integram a ordem positiva brasileira, além daqueles dispostos de forma explícita ou implicitamente na Constituição Federal e que decorrem dos tratados de que o Brasil faça parte. Por isso Manoel Gonçalves Ferreira Filho se referindo ao § 2º, do artigo 5º, da Constituição, afirma que:

> "O dispositivo em exame significa simplesmente que a Constituição brasileira ao enumerar os direitos fundamentais não pretende ser exaustiva. Por isso, além desses direitos explicitamente reconhecidos,

[31] MELLO, Celso D. de Albuquerque. "O § 2º do art. 5º da Constituição Federal". In: RICARDO LOBO TORRES (org.). Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25.

> admite existirem outros, decorrentes dos regimes e dos princípios que ela adota, os quais implicitamente reconhece". [32]

Não é pelo fato de o constituinte originário admitir a não exclusão das normas internacionais de proteção aos direitos individuais, que estas passam a ter status de norma constitucional, mas uma vez que não há norma expressa na Constituição que possa consagrar a supremacia do DI. Isso significa que essas normas devem ser consideradas como integrantes do ordenamento protetor dos direitos individuais, e serem observadas pelo aplicador do direito na esfera interna.

5 – **Posição jurisprudencial a respeito hierarquia dos tratados e do conflito entre estes e a lei interna.**

Os tribunais superiores mantêm, há muito, posição pacífica em relação ao conflito entre lei e tratado. O RE nº 80.004/SE, de 1º de junho de 1977, que teve como relator para o Acórdão o Ministro Cunha Peixoto, julgou o conflito de competência envolvendo - a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, que entrou em vigor com o Decreto 57.663, de 24/01/1966 - e o Decreto-Lei 427/69, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária. A discussão referia-se à obrigatoriedade ou não da necessidade aposição de aval em nota promissória, uma exigência formal de validade do título que não constava do tratado internacional. Prevaleceu, no caso, o Decreto-lei 427/69, confirmando o princípio da *lex posterior derogat priori*.

In verbis a ementa do RE 80.004-SE*:*

---

[32] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 632.

> 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 n. 427, de 22.1.1969. Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha Convenção de Genebra – Lei Uniforme sobre letras de Câmbio e Notas aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-lei n. 427/1969, 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 do título cambial a que foi aposto. Recurso extraordinário conhecido e provido.[33]

Entendem os magistrados que, uma vez internalizados os tratados através dos mecanismos de promulgação e publicação, estes passam a viger com 'status' de lei federal. Neste sentido, acórdão da 3ª Turma do STJ *in verbis*:

> "O tratado internacional situa-se formalmente no mesmo nível hierárquico da lei, a ela se equiparando. A prevalência de um ou outro regula-se pela sucessão no tempo".[34]

Todavia, esta prevalência da lei sobre o tratado não significa revogação. Apenas nos pontos em que exista antinomia, o tratado deixará de ser aplicado, em benefício da norma legal. Dessa forma, "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". Por isso mesmo, "a lei superveniente, de caráter geral, não afeta as disposições especiais contidas em tratado". [35]

O STF, em recente decisão, por seu Plenário, na ADIn. 1.480 – DF, de que foi relator o Min. Celso de Mello, posicionou-se sobre o conflito entre tratado e lei infraconstitucional. Explica o Ministro:

> "O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e sua incorporação à ordem jurídica

[33] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 80.004, de 1977. RTJ 83/809**.**
[34] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 0074376. **DJ** 27 nov. 1995.
[35] BRASIL. 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Resp. 0058736. **DJ** 29 abr. 1996.

> interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I), e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. (...)
> "No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em conseqüência, nenhum valor jurídico terão os atos internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. (...)
> "O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame da constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno" (...)
> "Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em conseqüência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. (...)
> "Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir- não podem, em conseqüência, versar sobre matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar."[36]

No RHC 79.785, em que foi relator o Min. Sepúlveda Pertence, a excelsa Corte, afirmando a prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, assentou que:

> [...] Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em conseqüência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (C. F., art. 102, III, b).[37]

---

[36] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 78.375-2. **Informativo do STF**, Brasília, n. 135, 7 nov. 1998.
[37] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 79.785. **DJ** 22 nov. 2002.

De outra banda, quanto à interpretação que vem sendo dada ao artigo 98 do Código Tributário Nacional, o STJ já se pronunciou reiteradas vezes sobre o tema, assentando que "os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha." O artigo foi interpretado por eminentes internacionalistas como norma consagradora da corrente que concede primazia ao Direito Internacional.

Essa concepção, entretanto, não logrou êxito em nossos tribunais, que têm lhe dado interpretação restrita, nos termos que se seguem:

> "O mandamento contido no artigo 98 do CTN não atribui ascendência às normas de direito internacional em detrimento do direito positivo interno, mas, ao revés, posiciona-as em nível idêntico, conferindo-lhe efeitos semelhantes. O artigo 98 do CTN, ao preceituar que tratado ou convenção não são revogados por lei tributária interna, refere-se aos acordos firmados pelo Brasil a propósito de assuntos específicos e só é aplicável aos tratados de natureza contratual."[38]

No mesmo sentido:

> Se o acórdão recorrido é expresso em afirmar que as mercadorias foram importadas sob o regime de tratado contratual e não de tratado normativo, de caráter geral, não há divisar ofensa ao acórdão do GATT, nem ao art. 98 do CTN.[39]

A respeito da matéria o Recurso Especial 90.871-PE, da 1ª Turma do STJ, julgado em 17 de junho de 1997, cujo acórdão assim ementou:

> "TRIBUTÁRIO. ISENÇÃO. ICMS. TRATADO INTERNACIONAL.
> 1. O sistema tributário instituído pela CF/88 vedou à União Federal de conceder isenção a tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal e Municípios (art. 151, III).

[38] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 0037065. **DJ** 21 fev. 1994.
[39] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGA 0067007. **DJ** 28 abr. 1997.

> 2. Em conseqüência, não pode a União firmar tratados internacionais isentando o ICMS de determinados fatos geradores, se inexiste lei estadual em tal sentido.
> 3. A amplitude da competência outorgada à União para celebrar tratados sofre os limites impostos pela própria Carta Magna.
> 4. O art. 98, do CTN, há de ser interpretado com base no panorama jurídico imposto pelo novo Sistema Tributário Nacional.
> 5. Recurso especial improvido."[40]

6 - Tratados Internacionais sobre direitos humanos e a sua incorporação como emenda Constitucional.

A emenda constitucional nº 45, acrescentou o § 3º ao art. 5º, da Constituição Federal de 1988. Esse dispositivo estabelece a possibilidade de os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, terem status de emenda constitucional, desde que obedecidos dois requisitos: o conteúdo do tratado ou convenção ser sobre direitos humanos e a sua deliberação parlamentar obedeça aos limites formais estabelecidos para a edição das emendas constitucionais, quais sejam, deliberação em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, só sendo aprovado se obtiver três quintos dos votos dos respectivos membros parlamentares.

Eis o § 3º, in verbis:

"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."

Essa Emenda veio por fim à discussão doutrinária interminável sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento pátrio. Especialmente a corrente que tem como expoentes Flávia Piovesan e Antônio Augusto Cançado Trindade. Para eles, como já vimos

[40] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 90.871-PE. j. 17 jun. 1997.

anteriormente, os direitos e garantias constantes dos instrumentos internacionais incorporam-se automaticamente à Constituição. Esse entendimento baseava-se na interpretação combinada do §1º e §2º, do art. 5º, em que a norma oriunda de tratados de direitos fundamentais seria auto-aplicável, passando esses tratados à esfera de cláusula pétrea. Esse entendimento já não será mais possível. Agora, efetivamente, poderá os tratados sobre direitos humanos virem a ter status constitucional, mas somente se preenchidos os requisitos do § 3º, do art. 5º.

Também aqueles que defendiam os tratados internacionais com natureza jurídica de normas infraconstitucionais especiais. Como havíamos asseverado anteriormente, são defensores dessa corrente, entre outros, Haroldo Valadão, Hildebrando Accioly e Oscar Tenório. Para eles, o DI tem seus próprios meio de revogação dos tratados, como por exemplo a denúncia, não sendo possível outro meio e as leis internas não podem prevalecer, sob nenhuma hipótese, sobre os tratados.[41] Agora porém, diante da alteração constitucional, não há mais dúvida quanto a posição hierárquica dos tratado, especialmente daqueles sobre direitos humanos. A depender do quorum de aprovação dos tratados sobre direitos humanos, este terá status de norma constitucional, caso contrário, continuará com a mesma hierarquia de lei ordinária que sempre teve.

Cabe salientar que os tratados ou convenções, de direitos humanos ou não, continuarão a ser incorporados com status anterior, ou seja, de lei ordinária, esta é a regra geral. O processo de celebração de tratados disciplinados nos arts. 84, VIII, e 49, I. da Constituição Federal, há de ser observado para todos os tratados e convenções internacionais, seja eles tratados comuns ou sobre direitos humanos. Dessa forma, a regra de competência do Congresso Nacional para referendar os tratados internacionais assinados pelo Executivo e autoriza este último a ratificá-los, não ficou suprimida pelo disposto novo § 3º, do art. 5º da Carta de 1988, já que a participação do

[41] DOLINGER, Jacob. "As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: um Exercício do Ecletismo", *in Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 81.

parlamento no processo de celebração de tratados internacionais no Brasil é uma só, aquela que aprova ou não o seu conteúdo, e mais nenhuma outra. [42]

E ainda, para Mazzuoli, o novo procedimento introduzido pelo § 3º do art. 5º da Constituição, para os tratados de direitos humanos, poderia ser assim resumido:

> [...] Depois de assinados pelo Executivo, os tratados de direitos humanos seriam aprovados pelo Congresso nos termos do art. 49, inc. I, da Constituição (maioria simples) e, uma vez ratificados, promulgados e publicados no Diário Oficial da União, poderiam, mais tarde, quando o nosso Parlamento Federal decidisse por bem atribuir-lhes a equivalência de emenda constitucional, seriam novamente apreciados pelo Congresso, para serem dessa vez aprovados pelo quorum qualificado do § 3º do art. 5º.[...][43]

Continua o autor, a dizer que não devemos confundir o referendo legislativo para os tratados, estabelecido no art. 49, I da Constituição, materializado pelo decreto legislativo, aprovado por maioria simples e promulgado pelo Presidente do Senado Federal, com uma possível segunda manifestação do Congresso, para fins de decidir se atribui status hierárquico de emenda constitucional ao tratado internacional de direitos humanos, conforme o § 3º do art. 5º da Constituição. [44] Atribuir o status de emenda é um ato discricionário do Congresso Nacional e dependerá de seu julgamento de oportunidade e conveniência, quando da análise do caso concreto.

Diante do novo quadro jurídico, poderíamos fazer algumas perguntas, entre elas: qual será o status dos tratados sobre direitos humanos, já integrados ao ordenamento jurídico brasileiro, antes da aprovação da Emenda 45? Seria possível a aprovação desses tratados com status de

---

[42] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. **Revista Forense**. v. 378, p. 89-109, 2005, p. 99.
[43] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit. p. 100.
[44] Ibidem, p. 99-100.

emenda constitucional? Poderão vir a ser submetidos ao processo estatuído no § 3º, e assim passar a ter status de emenda constitucional, ou continuar com hierarquia de lei ordinária?

Várias são as interrogações. Mas com a recente tramitação na Câmara dos Deputados de um Projeto de Resolução[45] que visa alterar o rito de tramitação dos tratados e convenções internacionais em matéria de direitos humanos, é possível imaginar uma resposta para esses questionamentos. Essa Resolução propõe acrescentar o " 'Capítulo I – A' - Dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos", ao Título VI, "art. 2003-A", do Regimento Interno da Câmara.

O Projeto prevê, em seu art. 203 - A, que recebida a Mensagem do Presidente da República, contendo tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos, no prazo de dez sessões, um terço dos deputados poderá subscrever requerimento, que será submetido à votação no Plenário, para solicitar a equivalência do tratado à emenda constitucional, nos termos do § 3º, art. 5º, da Constituição Federal, acrescido pela Emenda nº 45, de 2004.

Mas caso o referido tratado ou convenção não obtenha número de votos suficientes, previstos no § 3º, do art. 5º, da CF, ou seja, para obter status de emenda constitucional, será considerado aprovado, se obtiver o número mínimo de votos para aprovação por maioria simples, que é o quorum do decreto legislativo, considerando-se aprovado ordinarimante.

O § 7º estabelece também que o Presidente, quando do envio da mensagem contendo tratado ou convenção sobre direitos humanos ao Congresso Nacional, tem também legitimidade para requerer equivalência à emenda constitucional. Acrescenta o § 9º, do Projeto que o tratado ou convenção terão tramitação ordinária se o requerimento previsto no art. 203-A, for rejeitado ou não haja pedidos no sentido de dar ao tratado ou convenção status de emenda.

---

[45] http://www.camara.gov.br/sileg/integras/279166.htm, acesso em 14/10/2005.

A grande inovação desse projeto foi a previsão expressa do § 10, de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, ratificados pelo Brasil antes da promulgação do Emenda 45, poderão ser objeto de requerimento de um terço dos deputados. De certa forma, essa disposição só veio reforçar o pensamento de parte da doutrina, a respeito da Emenda 45, como bem asseverou José Levi Mello do Amaral Júnior, ao comentá-la:

"Claro: nada impede que um tratado, já recepcionado quando da Emenda nº 45 (a ela preexistente), seja novamente deliberado na forma do § 3º do artigo 5º, combinado com o artigo 60, ambos da Constituição de 1988, passando, então, a ter status constitucional. Em função do caráter alternativo do novo dispositivo constitucional, não há que cogitar em novação automática da força dos tratados preexistentes."

[...]"Em verdade, a maior virtude do novo dispositivo constitucional é sepultar a polêmica referida. Com efeito, não traz nenhuma novidade. Isso porque, já no modelo constitucional originário de 1988, nada impedia que o conteúdo de um tratado ou convenção internacional fosse posto em uma proposta de emenda constitucional – a ser deliberada nos termos do art. 60 da Constituição de 1988 – e viesse a vigorar, por exemplo, como uma lei constitucional autônoma.

O que não se poderia admitir – e o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição de 1988 não o admite – é que um tratado internacional (ainda que sobre direitos humanos), aprovado por maioria simples no Congresso Nacional, gozasse da força de uma norma constitucional sem ter cumprido o especialíssimo processo de emenda do artigo 60 da Constituição de 1988."[46]

Antes mesmo do conhecimento desse Projeto de Resolução em tramitação na Câmara dos Deputados, que propõe alteração de seu Regimento Interno sobre o rito dos tratados e convenções, em matéria de direitos humanos, o entendimento de parte da doutrina, não era outro

[46] AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos: como ficam após a reforma do Poder Judiciário. **Revista Jurídica Consulex,** Ano IX., n. 197**,** p. 38-39, mar. 2005.

senão o de que nada impediria que aqueles tratados sobre direitos humanos que já se encontravam aprovados pelo Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo, em vigência em nosso ordenamento, pudessem obter status de emenda constitucional, desde que submetidos à deliberação estatuída no §3º do artigo 5º.

Acredita-se que poderá haver realmente um movimento, da sociedade, no sentido se exigir do Congresso Nacional, a aprovação de tratados tão importantes para a consolidação dos direitos humanos, tais como a Convenção Americana de Direitos Humanos, denominada de Pacto de São José da Costa Rica, e o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, ambos já ratificados pela República Federativa do Brasil, desde 1992. A isso conclama Mazzuoli:

[...] o que se pode esperar [...] é que a sociedade civil impulsione um forte movimento no Congresso Nacional para a aprovação em bloco, pela maioria qualificada requerida pelo § 3º do art. 5º da Constituição, de todos os tratados internacionais de direitos humanos já ratificados pelo Brasil.[47]

Entendo que a aprovação dessa Emenda trouxe maior segurança jurídica e proteção dos direitos humanos, na medida em que a partir de agora há expressa disposição constitucional que permite, segundo o poder discricionário do legislador derivado, conceder status constitucional, formal e material, aos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil. Poderemos ainda, segundo o projeto de alteração do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, por meio do requerimento subscrito por um terço dos Deputados, submeter os tratados e convenções sobre direitos humanos aos requisitos do § 3º, do art. 5º da Constituição Federal.

[47] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit. p. 109.

REFERÊNCIA

ACCIOLY, Hidelbrando. **Manual de direito internacional público**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos: como ficam após a reforma do Poder Judiciário. **Revista Jurídica Consulex,** Ano IX., n. 197**,** p. 38-39, mar. 2005.

ARIOSI, Mariângela. **Conflitos entre tratados internacionais e leis internas**: o judiciário brasileiro e da nova ordem internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. Uma reflexão acerca dos pactos e convenções internacionais e sua aplicação no ordenamento pátrio. **Revista de Direito Constitucional e Internacional,** São Paulo, n. 43, p. 31-48, abr./jun. 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** 2 ed. São Paulo, Saraiva, 1998.
BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 216.

BORJA, Sérgio. A incorporação dos tratados no sistema constitucional brasileiro. **Revista de Direito Internacional e do Mercosul,** n. 4, p. 81-120, p. 93, ago./set. 2001.

BRASIL. 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Resp. 0058736. **DJ** 29 abr. 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGA 0067007. **DJ** 28 abr. 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 90.871-PE. j. 17 jun. 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 0037065. **DJ** 21 fev. 1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 0074376. **DJ** 27 nov. 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 78.375-2. **Informativo do STF**, Brasília, n. 135, 7 nov. 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 80.004, de 1977. RTJ 83/809**.**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 80.004, de 1977. RTJ 83/809**.**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 79.785. **DJ** 22 nov. 2002.

Disponível em: http://wwww.camara.gov.br/sileg/integras/279166.htm. Acesso em: 14.10.2005.

DOLINGER, Jacob. As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: um Exercício do Ecletismo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 81-82.

DUARTE, Eduardo Avelino. Estudos sobre a posição hierárquica dos decretos legislativos que incorporam tratados. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 41, p. 69-96, out./dez.2002.

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

KELSEN, Hans. apud COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. **Revista Forense**. p. 378, p. 89-109, 2005, p. 99.

MEDEIROS, Antônio Cachapuz de. **O Poder de celebrar tratados.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 382.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: RICARDO LOBO TORRES (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** São Paulo: Saraiva, 1996.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967,** com a Emenda nº 1, de 1969, tomo 3, 2. ed. São Paulo: RT, 1970.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 14.

RODAS, João Grandino. Tratados internacionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.WEIS, Carlos.** Direitos humanos contemporâneos. **São Paulo: Malheiros Editores, 1998.**

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional,** São Paulo, nº 43, p. 7-30, p. 9, abr./jun. 2003.