

## OS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Augusto Casoni QUINELLATO<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo traz ao estudo as relações extra estatais e a maneira com que os Estados lidam com antinomias e limitações. O caso brasileiro, em especial, é estudado através da revisão histórica recente de julgamentos da Suprema Corte e atuação legislativa. Propõe-se, por fim, a observação de teorias que visam interpretar o Direito Internacional e conclui-se sobre a importância desta matéria e suas formas de estudo.

**Palavras-chave:** Soberania. Tratados Internacionais. Direito Internacional. Convenção Americana de Direitos Humanos. Monismo e Dualismo.

### 1 INTRODUÇÃO

A subordinação à tratados internacionais, sempre gerou polêmica jurídica. Sempre houve relações entre Estados, e a necessidade moderna de comunicação e cooperação fez com que a maioria deles precisasse se comunicar.

Através das definições de alguns autores, passaremos ao estudo de como os Estados são formados e o que devem fazer para se relacionar para então observarmos mais de perto a situação brasileira atual de aceitação e incorporação de normas internacionais.

### 2 RELAÇÕES ENTRE ESTADOS

É reconhecido o fato que, desde a formação dos próprios Estados, relações internacionais existem e nem sempre são pacíficas. Com a globalização, o avanço de questões humanitárias, do direito, e das sociedades, as relações entre Estados se tornam corriqueiras e até mesmo essenciais na organização mundial atual.

---

<sup>1</sup> Discente do 2º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: augustocasoni@gmail.com.

No entanto, devido ao avanço desigual de diferentes Estados e sociedades, em diferentes questões, as relações podem se tornar conflituosas se não sofrerem nenhum tipo de regulação. É então que o Direito Internacional passa a ganhar extrema importância e as figuras de “contratos” (tratados, resoluções, acordos, entre outros) entre países começam a pedir definição e concretude.

Quando lidamos com relações de Estados diferentes, é preciso levar em consideração as regras (leis) que regem cada Estado, que podem ser completamente diferentes. Para entender como os Estados se relacionam é interessante conceituar o que constitui um Estado.

## **2.1 Estado**

Marcello Caetano (2006; p. 122), define Estado, sem rigor técnico, da seguinte maneira: “[...] um povo fixado num território, de que é senhor, e que dentro das fronteiras desse território institui, por autoridade própria, órgãos que elaborem as leis necessárias à vida colectiva e imponham a respectiva execução”.

É possível identificar, a partir do excerto da obra do professor português, os 3 tipos de elementos mais citados pela doutrina hodierna, que constituem um Estado, sendo estes, aliados a interesses políticos, os critérios utilizados para que um Estado seja reconhecido entre os outros. Há um quarto elemento, colocado por José Afonso da Silva, que também será analisado.

### **2.1.1 Elementos constituintes**

Um dos primeiros elementos formadores do Estado é a população. Um grupo de pessoas que, ao viverem em conjunto, acabam por tomar uma identidade e homogeneidade em relação à maneira, forma e local em que vivem e criam um ânimo de permanecerem onde estão.

Outro elemento seria o território. É todo o espaço físico, ocupado, ou não, pela população, sobre o qual a nação impõe seu poder e suas leis, podendo ele ser terrestre, marítimo, aéreo ou ficto.

Por fim temos o governo, tratado por alguns como soberania. Para o professor Sahid Maluf (2017, p. 29), o mais adequado seria o uso do termo governo pois a soberania seria algo inerente ao Estado: “[...] a soberania se compreende no exato conceito de Estado. Estado *não-soberano* ou *semi-soberano* não é Estado”.

Para José Afonso da Silva, para existir, um Estado deve apresentar ainda um quarto elemento: a finalidade. Em seu conceito, José Afonso da Silva (2016, p. 8):

Estado é uma ordenação que tem por fim específico e essencial a regulamentação global das relações sociais entre os membros de uma dada população sobre um dado território; constitui-se de um poder soberano de um povo situado num território com certas finalidades.

### **2.1.2 Limitação da soberania**

Ao analisarmos o terceiro elemento formador do Estado, e talvez o mais importante, ao menos para esta produção científica, é importante destacar que a soberania, apesar de ser a garantidora da formação da independência estatal para a criação de leis, órgãos e governabilidade independente, ainda deve sofrer alguns tipos de limitações.

No atual contexto globalizado, uma das limitações da soberania deve ser a de respeito à soberania de outros Estados independentes. Como uma forma de garantir a coexistência pacífica, é preciso que não haja interferência entre Estados sobre seus respectivos assuntos particulares. Ao mesmo tempo em que observamos, nessa questão, um limite à soberania, é possível constatar, também, a própria configuração da soberania, uma vez que, pudesse um Estado interferir em outro, esse não seria soberano; raciocínio que vai ao encontro do proposto por Sahid Maluf.

Outra limitação, reconhecida com o avanço social, está ligada ao princípio da vedação ao retrocesso, e mais especificamente, aos direitos humanos. O avanço social humanitário, realizou enormes conquistas com o direito e principalmente com os movimentos constitucionalistas. A partir de então, é passivo o entendimento de que o Estado, dentro de seu poder soberano, deve sempre avançar para a consolidação e o aumento de tais direitos, e não sua retirada ou diminuição de alcance. Esta situação acaba se mostrando complexa pois, apesar de o avanço globalizado ser enorme, os países caminham de forma diferente dentro de suas

legislações internas, o que faz com que alguns direitos reconhecidos não sejam efetivados plenamente por todo globo.

A partir da análise e síntese das duas limitações propostas é possível encontrar um questionamento que é, talvez, o principal motivador de discussões sobre Direito Internacional: como é possível garantir que os Estados respeitem o princípio da vedação ao retrocesso sem que, ao mesmo tempo, haja interferência em sua soberania?

Entramos, então, nas “ferramentas” utilizadas por órgãos internacionais e países para que seja possível, ao menos, encontrar um meio termo desta problematização. É através de tratados, resoluções, acordos ou qualquer tipo de “acerto” entre países e órgãos que é possível alcançar esta meta.

A situação brasileira de maior relevância, quando falamos de acordos internacionais, está em seus tratados assinados. Alguns deles sobre direitos humanos e um em especial, que deu início a uma interpretação interna mais relevante sobre Direito Internacional: o Pacto de San José da Costa Rica.

### **3 TRATADOS INTERNACIONAIS**

Para Valério de Oliveira Mazzuoli (2015, p. 206), tratados internacionais são as principais fontes de Direito Internacional existentes. Trazem estabilidade e segurança nas relações interestatais, além de serem formulados pelas vontades dos próprios Estados ou órgãos (geralmente formados por Estados), garantindo os direitos do povo e regulando a mais variada gama de regras, inclusive entendimentos sobre direitos humanos.

Além de ser uma fonte e trazer garantias, a partir dos tratados é possível obter uma forma segura de observar normas de direito internacional, trazendo assim uma segurança para os Estados sobre a existência da norma internacional e a forma de segui-la.

No entanto, apesar de todas as garantias e qualidades que os tratados trazem às relações internacionais, é inegável que, ao mesmo tempo, provoca conflitos entre diferentes entendimentos de juristas sobre a hierarquia de normas internas e externas.

Tais hierarquias estão intrinsicamente ligadas ao princípio soberano dos Estados pois, ao passo que internacionalistas defendem a superioridade das

normas internacionais no próprio ordenamento interno, os nacionalistas defendem que deve haver superioridade da norma interna, justamente devido ao princípio da soberania, ou como é entendido por outros nacionalistas, não há nem ao menos uma maneira de comparar as normas pois estão em âmbitos diferentes.

Essa discussão, apesar de já existente, se intensifica no Brasil a partir da assinatura do Pacto de San José em 1992, também chamado de Convenção Americana de Direitos Humanos.

#### **4 O PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DE TRATADOS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO**

O Pacto de San José entra no ordenamento jurídico brasileiro através da figura do Decreto Legislativo 678/92. A partir desse momento surge um intenso debate jurídico que resultou em consulta ao Supremo Tribunal Federal e ocasionou até mesmo uma mudança na interpretação da própria Constituição Federal brasileira.

A Magna Carta de nosso país, na época em questão, figurava em seu artigo 5º, parágrafo segundo o seguinte preceito: “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”.

Tal parágrafo fala especificamente sobre direitos fundamentais e, a partir dele, é possível interpretar que a Constituição reconhece como legítimos os tratados que tragam direitos fundamentais, desde que não contradigam ou diminuam o alcance dos mesmos direitos. A elaboração desse parágrafo acaba trazendo uma contradição para o ordenamento brasileiro pois, para tratados com direitos de alcance diminuído, a solução era a inconstitucionalidade, o que não geraria problemas. No entanto, qual seria a situação de um tratado que trouxesse uma norma contraditória com a constituição, porém mais benéfica?

O Pacto de San José da Costa Rica trouxe, então, este enfrentamento para o sistema jurídico nacional. Em 1992 a Constituição Federal previa duas situações possíveis para a prisão civil por dívida: seria preso aquele ligado a dívidas de cunho alimentar e o depositário infiel. Ao vedar, em seu artigo 7, a prisão por dívidas do depositário infiel, o pacto causa contradição em relação à Constituição e,

ao mesmo tempo, propõe um tratamento mais humanitário e progressista e então é notada a lacuna jurídica causada pelo parágrafo segundo.

A partir de então, os posicionamentos sobre Direito Internacional começam a despontar em diferentes manifestações: para os internacionalistas, as normas dos tratados internacionais, especificamente nesse caso, deveriam se sobrepor ao direito interno, justamente pela previsão de condição mais benéfica ao indivíduo, invocando assim o princípio da vedação ao retrocesso. Já os nacionalistas e a maioria da doutrina, defendiam que prevalecesse a Constituição por uma gama de fatores. Ao admitir que o tratado pudesse ser aplicado contrariando uma norma constitucional, colocava-se em risco a segurança jurídica de um ordenamento que previa uma hierarquia de normas, onde a constitucional está no ápice da pirâmide normativa e é também responsável por direcionar as outras espécies legislativas; já o tratado, por entrar no sistema jurídico como decreto, estaria no mesmo nível que uma lei ordinária.

Outro fator defendido por nacionalistas seria que, ao permitir que um tratado moldasse a Constituição, estaríamos indo ao encontro de uma Constituição Flexível (onde uma norma infraconstitucional pode alterar uma constitucional), característica essa que não pertence à Carta Maior.

É então proposto ao Supremo Tribunal Federal uma ação direta de inconstitucionalidade que deveria julgar qual seria a interpretação do tratado, e que moldaria a forma com que o sistema brasileiro lidaria com tratados internacionais a partir de então.

#### **4.1 O Julgamento da Suprema Corte**

Os ministros acabaram por decidir, na figura da ADI 1480/DF, que a Constituição deveria prevalecer. A decisão foi lastreada no fato de que, ao momento da Assembleia Constituinte de 1988, já era conhecida a existência da Convenção Americana de Direitos Humanos, portanto seria possível inferir que, ao não prever a vedação da prisão civil do depositário infiel, o legislador originário optou por não o fazer. Caso fosse declarado que o tratado deveria prevalecer, haveria um desrespeito ao poder constituinte originário, que, no entendimento pacífico doutrinário e aqui trazido pelas palavras do atual ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes (1998, p. 48), é absoluto:

A ideia da existência de um Poder Constituinte é o suporte lógico de uma Constituição superior ao restante do ordenamento jurídico e que, em regra, não poderá ser modificada pelos poderes constituídos. É, pois, esse Poder Constituinte, distinto, anterior, e fonte da autoridade dos poderes constituídos, com eles não se confundindo.

Portanto, a partir do julgamento da ADI, que tem efeito vinculante, o entendimento passa a ser positivista (nacionalista). Deveria prevalecer a Constituição, mesmo o tratado sendo mais benéfico.

## **4.2 A Emenda Constitucional de 2004**

Após o julgamento, os defensores da interpretação internacionalista não se contentaram com o resultado. Para eles era inadmissível que fosse aceito, por menor que fosse, um retrocesso na política humanitária, mais ainda em face de um acordo internacional ratificado pelo Brasil. Outro ponto era que a própria Constituição, no parágrafo segundo do artigo 5º, postulava que os direitos ali previstos não excluíssem outros previstos em tratados dos quais o Brasil fosse signatário.

O poder legislativo, prevendo possíveis problemas de interpretação em tratados futuros, então resolve agir e, no ano de 2004, é aprovada a Emenda Constitucional de número 45 que traz a figura do parágrafo terceiro no 5º artigo da Constituição: “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”.

Com este novo dispositivo legal, era possível atribuir uma nova “roupagem” a algum futuro tratado, fazendo com que ele ganhasse status de emenda constitucional, resolvendo assim o problema da hierarquia das normas. Caso o novo tratado fosse mais benéfico, poderia prevalecer à Constituição.

No entanto, a interpretação do parágrafo terceiro não se faz tão simples ao analisarmos minuciosamente seus elementos.

### **4.2.1 Enquadramento de tratados internacionais segundo a emenda de 2004**

O parágrafo terceiro traz algumas condições para que o tratado seja considerado como emenda constitucional. É preciso que, primeiramente, trate-se de um tratado que verse sobre Direitos Humanos. Ao não cumprir esse requisito, já podemos considerar que não será elevado a nível de emenda.

Em segundo lugar, sendo o tratado de Direitos Humanos, ainda é necessário que ele seja aprovado, em cada casa do Congresso Nacional, por duas votações de maioria absoluta de três quintos dos membros. Portanto, ainda que um tratado seja de Direitos Humanos, se ele não passar pelo crivo da votação necessária para transformá-lo em emenda, não será assim considerado, podendo ser entendido que, mesmo que venha a ser mais benéfico, não prevalecerá sobre a Carta Maior, respeitando a decisão vinculante da ADI 1480/DF.

Ainda há uma terceira posição a ser analisada. Por mais que a situação dos tratados futuros tivesse destino certo, o que aconteceria com os tratados já existentes? Como seriam considerados? Há, hodiernamente inclusive, ainda divergência.

#### **4.2.2 Tratados aprovados antes da emenda de 2004**

Os positivistas, que já não aceitavam os tratados como sendo equivalentes constitucionais antes da emenda, mantêm a posição de que estes tratados anteriores continuam apenas como decretos legislativos, não se sobrepondo à Constituição. Alguns ainda, não unanimemente, classificam os tratados de direitos humanos como supra legais: não equivalentes à Constituição, porém superiores a legislações infraconstitucionais, entre esses o Ministro Gilmar Mendes, nas palavras de Elizabeth Höller Lee (s.d.; s.p):

Segundo a posição do Ministro Gilmar Mendes, os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados e vigentes no Brasil, mas não aprovados com quórum qualificado, possuem nível supra legal, posição que se diferencia da do professor Mazzuoli, para quem todos os tratados de Direitos Humanos seriam constitucionais.

Por fim, os tratados de matérias não relacionadas aos direitos humanos, nem mesmo status supra legal teriam.

Já os internacionalistas, que, nas bases do parágrafo segundo, já sustentavam a equivalência constitucional dos tratados, consideram os pactos,



anteriores e posteriores à emenda, como *supraconstitucionais*. É interessante relatar como os mesmos internacionalistas buscaram nominar os tratados: aqueles que passaram pelo protocolo para serem reconhecidos como emenda são chamados de *formalmente* constitucionais, os que não passaram pelo processo são *materialmente* constitucionais. A nomenclatura é uma forma de enquadrar todos os tratados dentro da Constituição, reconhecendo assim, nominalmente, sua constitucionalidade. Quanto aos tratados de matérias não relacionadas a Direitos Humanos, os internacionalistas atribuem a esses a supra legalidade.

### **4.3 A Situação Final do Pacto de San José**

Com a decisão do Supremo Tribunal Federal e a subsequente emenda constitucional, a prisão civil do depositário infiel ainda estava sob uma indefinição. Apesar da já proclamada prevalência constitucional sobre o tratado, ainda pairava a ideia de que ideias progressistas e que ampliassem direitos fundamentais deveriam ser incorporadas no ordenamento. O STF então edita a Súmula Vinculante número 25, que diz ser ilícita a prisão civil do depositário infiel qualquer que seja a modalidade de depósito.

Tal fato revela-se como outro procedimento jurídico gerador de insegurança jurídica pois, ao editar a súmula, o próprio STF vai contra a decisão da ADI 1480, que deveria ter efeito vinculante. Cria-se então a interpretação de que, o efeito vinculante da ADI atinge todos os órgãos do poder judiciário, com exceção do Supremo Tribunal Federal, desde que em decisão proferida pela corte, ou seja, não individual. A partir disto, considera-se que houve a mutação constitucional do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição, que deve ser interpretado a partir da súmula 25.

## **5 CONSIDERAÇÕES SOBRE MONISMO E DUALISMO**

Uma das formas mais comuns da doutrina classificar a maneira com que os Estados lidam com o Direito Internacional é através das teorias monista e dualista. A partir da análise da recepção brasileira de um pacto que contradiz sua própria constituição, é possível tentar classificar em qual delas o ordenamento brasileiro se enquadra ou se enquadraria. Antes disso, vamos a uma breve conceituação das teorias.

## 5.1 Dualismo

O dualismo, como diz o nome, prega a existência de dois ordenamentos jurídicos distintos, e que, portanto, não poderiam se confundir. Ou seja,

[...] los tratados y convenciones nacionales solamente se integrarían al orden jurídico legal a través de un procedimiento de incorporación de la norma del tratado internacional, a los fines de convertirla en una norma interna. El dualismo se basa en el hecho de que el derecho internacional regularía exclusivamente a la conducta del Estado en frente a otro Estado u organización internacional, mientras que la legislación nacional se encargaría de las relaciones entre el Estado y el ciudadano. (FUJIKI et al., 2018)

Essa corrente é muito criticada pelo fato de, ao contrapor duas espécies de direito, seria o mesmo que dizer que uma delas não é jurídica, tornando-a ilegítima. Também é criticado por deixar de lado os costumes internacionais.

## 5.2 Monismo

Já o monismo, ao contrário do dualismo, prevê a existência de uma única ordem jurídica, sendo necessária a convivência de dois tipos de direito, o internacional e o interno. Ao assumir essa tese, é possível admitir a ocorrência de contradições ou como são juridicamente chamadas, antinomias. Então se faz necessário algo para resolver esse conflito. Por esta razão o monismo é subdividido entre outras duas vertentes: nacionalista e internacionalista.

Para Carina de Oliveira Soares (s.d; s.p), a categoria nacionalista é empregada da seguinte maneira:

[...] o Direito Internacional retira a sua obrigatoriedade do Direito interno e a Constituição do Estado determinará o grau hierárquico a ser atribuído às normas internacionais escritas e costumeiras. Sendo assim, a adoção dos preceitos de Direito Internacional na ordem interna seria uma mera faculdade discricionária de cada Estado soberano.

Já na internacionalista, ainda segundo Carina de Oliveira Soares (s.d.; s.p),

o Direito interno deriva do Direito Internacional que representa uma ordem jurídica hierarquicamente superior; desta forma, o Direito

Internacional limitaria o poder soberano dos Estados determinando, inclusive, a inaplicabilidade das normas estaduais contrárias às normas internacionais.

## **6 CONCLUSÃO**

Ao analisarmos todas as situações propostas e principalmente o processo de um tratado que foi determinante para a jurisprudência e doutrina nacional em matéria de Direito Internacional, ainda assim é possível encontrar divergências de autores sobre em qual teoria posicionar o ordenamento brasileiro.

Quando nos remetemos ao método pelo qual os tratados são enquadrados no ordenamento interno, podemos nos concentrar na figura dualista, já que há uma adaptação da lei internacional para ser incorporada internamente. No entanto, ao analisarmos a forma como o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI 1480 e logo após mudou o entendimento da própria Constituição para se adequar ao tratado, nos aproximamos mais do monismo internacionalista.

A discussão sobre os tratados e o Direito Internacional em si pode ser considerada recente e a cada momento ganha mais importância. Tais análises e estudos se mostram como fundamentais para o ganho de conhecimento e o desenvolvimento ou consolidação de teorias que ajudem os Estados a chegar a um consenso ou, ao menos, aproximar as interpretações. Dessa forma pode haver uma melhor interpretação e, conseqüentemente, um maior avanço rumo ao progresso humanitário e à paz.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 6.ed.; Coimbra: Almedina, 2006.

FUJIKI, Ana Luiza Terumi Koga, et al. **Control de convencionalidad de las leyes de amnistía: auxilio del derecho procesal constitucional a lo cumplimiento de sentencias internacionales.** Presidente Prudente: 2018.

LEE, Elizabeth Höller. **A incorporação dos tratados internacionais de Direitos Humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro.** s.d. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11170&revista\\_caderno=16](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11170&revista_caderno=16)>. Acesso em 31 ago. 18.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado.** 33.ed.; São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 9.ed. rev., atual., e ampl.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 4.ed.; São Paulo: Atlas, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 39.ed.; São Paulo: Malheiros, 2016.

SOARES, Carina de Oliveira. **Os tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro: análise das relações entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno Estatal.** s.d. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9431&revista\\_caderno=16](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9431&revista_caderno=16)>. Acesso em 31 ago. 18.