

INCORPORAÇÃO E ESTATURA HIERÁRQUICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO BRASIL

INCORPORATION AND HIERARCHICAL STATURE OF INTERNATIONAL TREATIES IN BRAZIL

Marcelo Lamy¹

UNISANTA-SP

Danilo de Oliveira²

UNISANTA-SP

Resumo

O presente texto objetiva descrever e com isso estabelecer – fundado em premissas exclusivamente normativas; ancorado, portanto, em ilações exclusivamente dedutivas (esse, portanto, é seu método) –, qual é o mecanismo e o momento da incorporação de um tratado internacional na ordem jurídica interna brasileira, qual é a eficácia dos normas convencionais antes e depois de incorporadas, antes e depois de vigentes internacionalmente, qual é a estatura hierárquica dos tratados internacionais incorporados. A análise normativa permite desvelar os seguintes resultados e conclusões: (I) Mecanismos e

¹ Professor Permanente e Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Mestrado em Direito da Saúde, e da Faculdade de Direito da Universidade Santa Cecília - UNISANTA. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq\UNISANTA "Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Tutela Jurídica da Saúde". Bacharel em Ciências Jurídicas (UFPR). Mestre em Direito Administrativo (USP). Doutor em Direito Constitucional (PUC-SP). Advogado. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0001-8519-2280>.

² Coordenador e Professor do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito do Trabalho e Previdência Social, e da Faculdade de Direito da Universidade Santa Cecília – UNISANTA. Doutorando e Mestre em Direitos Humanos (PUC-SP). Pesquisador do Grupo de Pesquisa CNPq\UNISANTA "Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Tutela Jurídica da Saúde". Especialista em Direito Constitucional. Advogado. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0003-4099-3716>.

momentos de incorporação: (a) assinatura ou adesão (quando não acarretar encargos, quando versar sobre direitos e garantias fundamentais), (b) decreto legislativo (quando acarretar encargos); (II) Eficácias: (a) parcial (desde a assinatura) – relacionada às obrigações negativas; (b) total (a partir da vigência internacional ou do compromisso unilateral) – que abrange também as obrigações positivas, (III) Hierarquias dos tratados: (a) infraconstitucional em relação à fixação de competência para celebrar tratados, (b) constitucional quando incorporadas pelo procedimento do §3º do artigo 5º da Constituição brasileira, (c) constitucional ou paraconstitucional em relação aos direitos humanos, (d) suprallegal para os demais casos.

Palavras-chaves

Convenções Internacionais. Incorporação. Ordem Jurídica Interna. Eficácia. Hierarquia. Diálogo das Fontes.

Abstract

This text aims to describe and establish - based on exclusively normative premises; anchored, therefore, in exclusively deductive deductions (this, therefore, is its method) -, what is the mechanism and the moment of the incorporation of an international treaty in the Brazilian domestic legal order, what is the effectiveness of conventional rules before and after they are incorporated, before and after internationally in force, what is the hierarchical stature of the incorporated international treaties. The normative analysis reveals the following (results and conclusions): (I) Mechanisms and moments of incorporation: (a) signature or adhesion (when it does not entail charges, when it deals with fundamental rights and guarantees), (b) legislative decree (when entail charges); (II) Effectiveness: (a) partial (since signature) - related to negative obligations; (b) total (from international validity or unilateral commitment) - which also covers positive obligations, (III) Hierarchies of treaties: (a) inferior to the Constitution (same as amendments) in relation to the establishment of competence to enter into treaties, (b) similar to the Constitution when incorporated by the procedure of paragraph 3 of article 5 of the Brazilian Constitution, (c) equivalent to the Constitution or paraconstitutional in relation to human rights, (d) superior to the laws for other cases.

Keywords

International Conventions. Incorporation. Legal Order. Effectiveness. Hierarchy. Dialogue of Sources.

INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988, embora se filie aquela espécie de Constituição que visa ser também *norma normarum* (estabelece com minúcias como deve ser o processo legislativo), não tem solução clara ou evidente (para olhares imediatos) para as seguintes questões: Como se dá a incorporação dos tratados internacionais em nossa ordem jurídica? A partir de quando eles produzem efeitos em nosso ordenamento jurídico, isto é, quando

vinculam aos seus comandos? Qual é a hierarquia normativa dessas normas depois de incorporadas?

Diante desses questionamentos ainda não respondidos com a clareza necessária, para melhor compreendê-los e, conseqüentemente, para respondê-los de forma juridicamente precisa, propõe-se epistemologicamente uma análise da incorporação, eficácia e hierarquia jurídica desses documentos nos estritos termos constitucionais (considerando os dispositivos da Constituição de 1988) e convencionais (considerando a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados) vigentes em terras brasileiras.

Para tanto, à análise documental (normas vigentes no Brasil sobre a questão) foi agregada a análise qualitativa bibliográfica (livros, artigos científicos e jurisprudência que interpretam essas normas), seguindo o método sintópico indicado por Mortimer Adler e Charles Van Doren (2014). De qualquer forma, a lógica dedutiva foi a pauta da pesquisa e conduziu seus resultados – premissas exclusivamente normativas, ilações exclusivamente dedutivas.

1 A QUESTÃO DA INCORPORAÇÃO

Quanto à questão da incorporação, a Constituição brasileira de 1988 apresenta os seguintes comandos normativos: art. 84, VIII; art. 49, I; e art. 5º, § 2º.

1.1 A Assinatura e \ou o Decreto Legislativo

O art. 84 (inciso VIII) atribui ao Presidente da República a competência privativa (delegável) de celebrar tratados (atribuição que se realiza pela assinatura ou pela adesão)³.

Os tratados, depois de celebrados pelo chefe do Poder Executivo federal, nos termos do artigo 84, VIII, “podem” ficar sujeitos ao referendo do Congresso Nacional.

O que se sujeita ao referendo é o próprio tratado, não a competência para assinar (pois as competências privativas ou exclusivas não se sujeitam à homologação, à confirmação).

O art. 49 (inciso I) esclarece esse “podem”, pois estabelece que é de competência exclusiva (indelegável) do Congresso Nacional resolver definitivamente (o que se dá através de decreto legislativo) sobre os tratados que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional⁴.

A Constituição não estabelece a competência congressional para “resolver” todo e qualquer tratado, mas somente para “resolver” os que acarretem “encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

No regime constitucional de 1824, o Poder Executivo tinha amplos poderes de celebrar e ratificar tratados internacionais. A ratificação dependia de aprovação do Legislativo somente se o tratado fosse celebrado em tempo de paz e se dissesse respeito à cessão ou troca de territórios ou de possessões (art. 102, VIII).

³ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

⁴ 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;

Foi no regime constitucional de 1891 que os poderes de ratificação do Poder Executivo foram limitados, estabelecendo a necessidade do referendo legislativo (art. 48, 16) e a competência do Poder Legislativo de resolver definitivamente sobre todos os tratados (art. 34, 12). Os regimes constitucionais que seguiram (1934, 1937, 1946 e 1967), repetiram essa lógica.

A Constituição de 1988, no entanto, inovou.

O regime de 1988, atual regramento constitucional, estabelece uma limitação à dependência do Poder Legislativo: que os tratados acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (art. 49, I).

Por um lado, o Presidente da República tem competência privativa para celebrar, por outro, o Congresso Nacional tem competência exclusiva para resolver. Entretanto, não há antinomia, o que se dá é a harmonização do exercício do Poder (pelos representantes democraticamente eleitos): a soberania estatal é subjugada, precisa ser “confirmada” pela soberania popular.

Tendo em vista o apontado até aqui, a INCORPORAÇÃO de um tratado internacional na ordem jurídica interna dá-se das seguintes formas:

- pela ASSINATURA ou pela ADESÃO do chefe do Poder Executivo federal (se o tratado não acarretar encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional),
- pelo DECRETO LEGISLATIVO do Congresso Nacional (se o tratado acarretar encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional).

A incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro dá-se pela adesão ou pela assinatura (mesmo que se faça a assinatura com reserva de ratificação), ou pela edição e publicação do decreto legislativo.

Integrados ao sistema jurídico nacional, possuem EFICÁCIA IMEDIATA para as OBRIGAÇÕES DE NÃO-FAZER (as obrigações de não agir de forma contraditória ao compromisso internacional em formação), mesmo antes da vigência internacional do tratado. Essa é a ilação decorrente do estatuído no artigo 18, alíneas ‘a’ e ‘b’, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

O tratado que o Estado assinou sem reserva de ratificação⁵, o tratado vigente a que o Estado aderiu⁶, assim como o tratado vigente que houver sido ratificado⁷ integram o sistema jurídico nacional com PLENA EFICÁCIA⁸, pois tornam-se obrigatórios os demais comandos normativos positivos do tratado internacional, isto é, todas as OBRIGAÇÕES POSITIVAS (de fazer, de agir de forma a positivar o conteúdo do compromisso internacional), como preceitua o artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

Observe-se que a primeira hipótese (assinatura sem reserva) constitui uma situação peculiar, típica dos efeitos das declarações unilaterais de vontade dos Estados, o tratado pode não estar vigente internacionalmente, mas já possuir plena eficácia.

1.2 A Praxe do Decreto Executivo

⁵ Nos termos do art. 12 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. Opção que o plenipotenciário pode adotar somente se no tratado não houver encargos ou compromissos gravosos ou se houver prévio decreto-legislativo autorizativo.

⁶ Nos termos do art. 15 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. Opção que, no caso de haver encargos ou compromissos gravosos, depende da autorização prévia efetivada pelo decreto-legislativo.

⁷ Ato internacional que se efetiva em momento posterior ao da assinatura e, nos casos que envolvem compromissos ou encargos gravosos, em momento posterior ao do decreto legislativo.

⁸ No caso da ratificação, o tratado já estaria integrado, a ratificação apenas modificaria sua eficácia.

Embora não haja qualquer dispositivo constitucional prevendo ato normativo subsequente ao decreto legislativo para a incorporação (nem nos regimes constitucionais anteriores, nem no atual), a *praxis* brasileira consolidou-se de forma diversa: arraigou-se em enxergar que o ato final de incorporação (após o decreto legislativo) deveria ser a edição e a publicação de um decreto executivo. Na prática, o decreto presidencial, uma vez publicado, é visto como o ato jurídico que incorporaria o tratado internacional à ordem jurídica interna.

Essa *praxis* contraria o estatuído pela Constituição brasileira de 1988, notadamente a expressão “definitivamente” agregada à competência congressional (art. 49, I).

Essa *praxis* também não encontra respaldo no conceito constitucional de decreto executivo, visto que essa figura não está elencada no art. 59, dispositivo que apresenta as formas normativas primárias; visto que se destina, segundo desvela o art. 84, a outros fins: para regulamentar as normas primárias (IV), organizar ou estabelecer o funcionamento da administração pública (VI, a), extinguir funções ou cargos públicos vagos (VI, b), instituir estado de defesa ou de sítio (IX) ou intervenção federal (X) e mobilizar a nação (XIX).

O próprio art. 84 (VIII) parece sinalizar a desnecessidade da edição de decreto executivo posterior ao referendo congressional, mesmo quando necessário esse último, pois não prevê competir ao chefe do Poder Executivo federal a edição de ato posterior ao referendo congressional que, como visto, à luz do art. 49, I, resolve, quando pertinente, “definitivamente” a questão da incorporação.

O art. 84, VIII, não impõe a necessidade de decreto presidencial posterior a eventual referendo congressional. Apenas

atribui ao Presidente da República a competência para “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. Insiste-se, não dispõe acerca de eventual decreto superveniente ao dito referendo.

O argumento que legitimou essa prática sempre foi o seguinte: é preciso dar publicidade para que um comando normativo tenha imperatividade no Direito brasileiro. Isso é parcialmente correto e, desse modo, nos causa perplexidade.

Esse argumento é logicamente admissível para exigir a publicação do tratado internacional assinado, ou para se exigir a publicação do decreto legislativo, mas não é razoável para exigir o decreto executivo, salvo se ele for visto como ato não-normativo que viabiliza o dever de publicar.

A assinatura do tratado internacional pelo Presidente da República não goza de publicidade interna, seria, portanto, razoável exigir sua publicação, para que adquira vigência (art. 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), e não a edição de outro ato normativo.

Essa foi a solução adotada pela França desde a edição do decreto de 14 de março de 1953 (exigir o cumprimento da obrigação de publicação), pois sua Constituição francesa de 1946 já tinha estabelecido que era inadmissível exigir qualquer ato normativo que não tivesse sido necessário para a assinatura ou para a ratificação (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 235-237).

Ocorre que todos os tratados internacionais abertos à assinatura foram e são publicados pelas conferências ou pelos organismos internacionais onde foram gestados e sempre são amplamente disponibilizados. Não nos parece que seria inadmissível reconhecer a publicação nesses meios de amplo acesso e de amplíssima divulgação (até maiores do que os diários oficiais nacionais) como uma publicação válida para efeitos de nossa Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. O que nossa lei exige é

que seja “oficialmente publicada”. A normativa nacional não exige a publicação apenas via diário oficial da União. Nos casos, portanto, em que a incorporação se dê pela simples assinatura, tendo em vista que o tratado já está publicado, já estaria cumprido o requisito para a vigência.

Para os tratados internacionais incorporados por meio de decreto legislativo (listado entre as espécies normativas primárias do art. 59 da Constituição brasileira de 1988), que já goza de publicidade, não teria sentido exigir o decreto executivo, porque o requisito para a vigência já foi cumprido.

Teria sentido exigir então o decreto executivo para que houvesse certeza da eficácia completa do tratado internacional, das suas obrigações positivas, que em visão rasa somente seria possível depois da ratificação?

Não, pois a eficácia completa do tratado, ordinariamente possível apenas depois de sua vigência internacional (ordinariamente, porque existe a hipótese peculiar da vigência interna antes da internacional), não advém apenas da ratificação de um Estado soberano, mas de outras regras que cada tratado estabelece, tais como número mínimo de ratificações ou alguma data específica.

A única razão que parece justificar esse olhar desavisado não seria propriamente jurídica, mas política. Apesar de as normas constitucionais pátrias deixarem (em dadas hipóteses) a última palavra ao Congresso Nacional, a Presidência da República, com esse desvio, conseguiria locupletar a última palavra.

A consulta atenta a diversos decretos executivos que viabilizaram a publicação dos tratados internacionais ratificados é esclarecedora de nossa preocupação. A Presidência da República,

em muitos deles, reconhece que a vigência internacional já está operando ou está prestes a operar independente do decreto presidencial. Utiliza-se, no entanto, do decreto presidencial para estabelecer a vigência interna.

Veja-se, por exemplo, o singular caso da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. O decreto presidencial n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, inicia invocando a competência do art. 84, IV (dispositivo que congrega a obrigação presidencial de publicar as leis e de assegurar a execução fiel das leis) – o que aparentemente não ofenderia o que defendemos aqui. Aponta que o Poder Legislativo aprovou a convenção pelo decreto legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do §3º do art. 5º da Constituição; que a Presidência depositou o instrumento de ratificação em 1º de agosto de 2008; e que a vigência internacional do tratado para o Brasil dar-se-á em 31 de agosto de 2008. No art. 1º, dá a ordem de cumprimento do tratado.

Ao final, no entanto, no art. 3º, estatui que o decreto presidencial n. 6.949 (consequentemente, sua ordem de cumprimento) entrará em vigor na data de sua publicação – aqui nasce a confusão.

Por descuido ou por astúcia, fala sobre a vigência do decreto e não sobre a vigência interna do tratado. Dessa forma, faz-se o locupletamento a que nos referimos.

E nesse caso, destaque-se, a contradição seria extremada. Um decreto executivo daria vigência a um tratado que tem em nosso país status de emenda constitucional? O decreto executivo não pode limitar os efeitos de normas que gozam de força constitucional.

1.3 A Inovação Constitucional

A Constituição brasileira de 1891 (art. 78) há muito reconheceu que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluía outros não expressos, mas que fossem decorrências lógicas da (i.) forma de governo nela estabelecido ou dos (ii.) princípios nela consignados.

A Constituição de 1934 (art. 114) manteve essa lógica, mas alterou a expressão “forma de governo” por um termo mais amplo: “regime”. A Constituição de 1937 (art. 123) voltou a empregar a expressão “forma de governo”. A Constituição de 1946 (art. 144), por sua vez, retomou o uso da expressão “regime”, o que foi continuado pela Constituição de 1967 (art. 150, § 35).

A Constituição de 1988 (art. 5º, § 2º), no entanto, impôs inovação para essa lógica, pois inseriu mais uma hipótese de direitos e garantias não expressos, mas que podem ser considerados como integrantes da ordem jurídica: (iii.) os direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja “parte”.

Fala-se, nesse caso, de princípio da não taxatividade do rol constitucional de direitos fundamentais ou de conceito materialmente aberto de direitos fundamentais.

Sob esse ângulo, a tese da incorporação de tratados internacionais à ordem jurídica interna pela assinatura não decorre somente da constatação da desnecessidade da atuação congressual em virtude da inexistência de encargos ou compromissos gravosos, mas também do regime extravasado pelo §2º do art. 5º: “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.”

O constituinte de 1988 estabeleceu outra via de incorporação de tratados internacionais ou de partes de tratados internacionais (aquelas relativas a direitos e garantias) à ordem jurídica interna, sem a necessidade do decreto legislativo, para tanto bastando a assinatura do documento.

De fato, a República Federativa do Brasil passa a ser parte de um tratado, simplesmente, quando o assina ou adere.

Em função disso tudo, há que se admitir que DIREITOS e GARANTIAS expressos em tratados internacionais se incorporam ao nosso sistema pela simples ASSINATURA ou ADESÃO de tratados internacionais (e o tratado não precisa ser integralmente de direitos humanos; embora, nesse caso especial, devêssemos falar em incorporação parcial).

Se a Constituição reconhece valor jurídico para normas de direitos e garantias de tratados internacionais pela simples assinatura, há que reconhecer que o decreto legislativo, em tratados internacionais, no que diz respeito a direitos e garantias, é dispensável.

Em consequência, parece-nos que os direitos e garantias presentes em tratados internacionais assinados pelo Brasil, mesmo que o seu respeito traga encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, dispensa o decreto legislativo.

Essa inovação constitucional pode ainda não ser enxergada por muitos, mas é muito consentânea com o entendimento hodierno que não admite mais as resistências da soberania estatal frente aos direitos humanos.

Isso se coaduna com o disposto no art. 4º, II, da Constituição brasileira de 1988 que consigna como princípio que rege o Brasil nas relações internacionais o da “prevalência dos direitos humanos”.

Parece-nos evidente que, para efetivar tal prevalência no âmbito externo, ou seja, no das relações internacionais, é necessário “fazer a lição de casa”, o que significa que se busque efetivar essa prevalência internamente, o que se dá, por exemplo, pelo afastamento da exigência de decreto legislativo para a incorporação de tratados, integral ou parcialmente, que versem direitos humanos.

Acerca da abrangência dessa prevalência, já nos manifestamos:

“Ademais, ao dispor, expressamente, a prevalência dos Direitos Humanos, ainda que no âmbito das relações internacionais, parece-nos juridicamente válida a exegese de que tal prevalência há de ser adotada também no âmbito interno, ou seja, das relações internas, o que consolida normativamente em nossa Constituição Federal de 1988 a ‘permeabilidade’ proposta por Peter Häberle”.(OLIVEIRA, 2020, p. 115)

Ainda:

“Em síntese, a incorporação desses Direitos Humanos no cenário jurídico nacional, como Direitos Fundamentais, deve ocorrer de modo que sejam necessariamente hierarquizados acima doutros. Reproduzimos, novamente, o termo: “prevalência”. Em que pese a nossa própria argumentação outrora ventilada de que a exegese constitucional não deva ser técnico-gramatical, frisamos que tal linha argumentativa disse respeito a conceitos jurídicos eventualmente dispostos na constituição, o que difere de palavras, de termos ou de expressões cuja origem ou relevância não tenham conotação eminentemente de cunho técnico-jurídico, como ocorre na hipótese. Noutra giro de palavras, parece-nos crível que a intenção do Constituinte Originário foi mesmo a de estabelecer a permeabilidade de Direitos Humanos em nosso ordenamento jurídico, não apenas lhes

prevendo tal inclusão, mas, além disso, com prevalência, o que sugere mais que a simples concorrência com outros Direitos. Tal ilação faz-se importantíssima quando diante de suposta colisão ou tensão entre Direitos Fundamentais, pois, nesse caso, a própria norma constitucional já afastara eventual divergência. Ela será, então, apenas aparente.” (OLIVEIRA, 2020, p. 149)

Então, nesses casos, a incorporação se dá pela assinatura ou pela adesão. A eficácia das obrigações negativas é imediata. A eficácia das obrigações positivas depende da vigência internacional do próprio tratado, não do decreto legislativo (dispensável). Se a assinatura do tratado internacional se deu sem ressalva de ratificação, as obrigações positivas também são imediatas, mesmo antes da vigência internacional do tratado.

Sob o regime apontado até aqui (arts. 84, VIII, c/c 49, I, e 5º, §2º), a INCORPORAÇÃO de um tratado internacional na ordem jurídica interna dá-se das seguintes formas:

- pela ASSINATURA ou ADESÃO do chefe do Poder Executivo federal (se o tratado não acarretar encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional);
- pela publicação do DECRETO LEGISLATIVO do Congresso Nacional (se o tratado acarretar encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional);
- pela ASSINATURA ou ADESÃO do chefe do Poder Executivo federal (se o tratado ou mesmo parte dele versar direitos e garantias fundamentais, ainda que, porventura, impliquem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional).

2 A QUESTÃO DA HIERARQUIA

Quanto à questão da hierarquia, a Constituição brasileira de 1988 apresenta os seguintes comandos normativos: art. 5º, § 3º e art. 102, III, b.

2.1 O Status Infraconstitucional ou Constitucional Derivado

O art. 102, III, b, da Constituição brasileira de 1988 aponta que ao Judiciário é possível declarar a inconstitucionalidade de tratado⁹.

A natureza infraconstitucional dos tratados em geral – sejam eles incorporados pela assinatura, pela adesão ou pelo decreto legislativo –, portanto, parece manifesta. Ou, pelo menos, a natureza constitucional derivada, pois nosso sistema admite o controle de constitucionalidade das emendas constitucionais.

Aparentemente, portanto, fixar-se-ia a infraconstitucionalidade.

Ocorre que, veremos a seguir, parece-nos ser preciso compatibilizar a interpretação desse dispositivo com a lógica da paraconstitucionalidade.

De qualquer forma, poderia o STF julgar a inconstitucionalidade de tratados que ofendessem as normas constitucionais fixadoras da competência de concluir tratados.

2.2 O Status de Emenda Constitucional

O advento do §3º do artigo 5º (incluído pela EC n. 45/2004) possibilitou conceder status de emenda constitucional para tratados de direitos humanos: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos

⁹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: [...] b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Esses tratados, como se referem a direitos e garantias fundamentais, estariam incorporados a nossa ordem jurídica desde a assinatura ou da adesão (havendo ou não encargos ou compromissos gravosos). Com o seguimento do ritual estabelecido (aprovação em dois turnos, em cada casa congressual, por 3/5 dos respectivos membros), o decreto legislativo editado pelo Congresso Nacional fixaria o status de normas constitucionais.

Sem o decreto legislativo, já estariam incorporados os tratados internacionais relativos a direitos humanos. Com o decreto legislativo, adquirem estatura especial, tornam-se equivalentes às emendas constitucionais. Trata-se, todavia, de fenômenos jurídicos distintos: aquele relativo à incorporação do tratado internacional de direitos humanos; esse relativo à hierarquia jurídica de seus comandos.

Observe-se que a estatura de emenda não impede o controle da constitucionalidade (previsto no art. 102, III, b), visto que ainda é possível discutir se ofenderia, em cada caso, os limites formais e materiais de alteração da ordem constitucional originária (art. 60).

Por outro lado, nesse dispositivo (§3º), cria-se hipótese clara da utilidade do decreto legislativo, dar status de emenda constitucional, e reforça-se a desnecessidade do decreto executivo. Se o regime procedimental escolhido para dar ao tratado de direitos humanos a estatura de emenda constitucional foi idêntica ao do processo legislativo estabelecido para o poder constituinte reformador, desnecessária é qualquer manifestação do Poder Executivo, como se dá no caso das emendas constitucionais.

2.3 O Embate entre a Lógica Hierárquica e o Diálogo das Fontes

Da redação do §2º do artigo 5º da Constituição brasileira de 1988 é possível extrair a seguinte consideração: A lista de direitos e garantias fundamentais expressos no texto da Constituição “não exclui” outros direitos e garantias já incorporados no ordenamento jurídico porque expressos em tratados internacionais assinados ou aderidos pelo Brasil.

A supremacia constitucional permitiria a exclusão de qualquer norma do sistema contraditória ao Texto maior. No entanto, a eventual contradição de normas de direitos e garantias presentes em tratados internacionais, não deve produzir esse efeito. Trata-se de concretização bastante coerente com a teoria do diálogo das fontes.

Tem de permanecer no sistema o conjunto de direitos e garantias, sem que se cogitem incompatibilidades.

Diversos doutrinadores – dos quais se destacam Cançado Trindade (1996, *passim*), Celso Lafer (2005, *passim*), Flávia Piovesan (2012, pp. 107-145) – defenderam que o §2º do artigo 5º concedia estatura constitucional aos tratados de direitos humanos, que o Texto Constitucional não apresentava rol exaustivo de direitos e garantias, que os direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais integravam esse rol.

Embora essa interpretação seja benéfica para os direitos humanos e tenhamos consciência de que devemos sempre buscar a solução que os amplie, pois esse é um daqueles postulados que justifica o próprio constitucionalismo e que foi agasalhado pelo nosso ordenamento ao estabelecer a prevalência dos direitos humanos (art. 4, II), não nos parece que é exatamente isso o que fora estabelecido pelo §2º do art. 5º.

A Constituição brasileira de 1988 simplesmente estabelece que os direitos e garantias nela expressos “não excluem” outros. Isto não significa necessariamente que os “inclui”. Significa, minimamente, que outros direitos e garantias “não são incompatíveis” com os que ela expressou.

A Constituição, nesse §2º, reforça a possibilidade de incorporação de tratados pela assinatura, mas não diz que eles devam ter estatura de norma constitucional.

A incorporação de qualquer norma à própria Constituição e não simplesmente à ordem jurídica (dar-lhe estatura constitucional equivaleria a isso) é regulada pelo procedimento de emenda constitucional (art. 60) que exige um procedimento peculiar, marcado especialmente por um quórum diferenciado (3/5) que precisa ser, inclusive, reconfirmado (dois turnos de votação).

Se à incorporação à ordem jurídica pela simples assinatura, como estabelece o §2º – mesmo que reforçada (pois é dispensável) pelo decreto legislativo (que é aprovado pela maioria simples e em um turno de votação) –, agregássemos a natureza constitucional, estaríamos permitindo a alteração constitucional em desacordo com o disposto rigorosamente no art. 60 da própria Constituição. Admitiríamos (o que não nos parece sustentável) a inserção de disposições constitucionais sem a preocupação de que o “poder constituinte reformador” se manifestasse efetivamente. Nessa hipótese, da qual discordamos, é que a soberania nacional seria abalada.

Diversa é a situação do §3º, pois se respeitou o paralelismo de ritos.

Defendemos, apesar de tudo isso (de todo esse raciocínio lógico), uma solução desvinculada da lógica hierárquica: um diálogo harmônico entre as fontes externa e interna de direitos humanos (o que em nada fere a soberania nacional), como é proposta pela

teoria do diálogo das fontes (BENJAMIN; MARQUES, 2020, pp. 21-40), que enxerga possível dar preeminência prática e não teórica para a norma mais protetiva.

2.4 A Supralegalidade e a Paraconstitucionalidade

Algumas constituições estrangeiras estabelecem que os tratados internacionais, depois de incorporados, possuem estatura supralegal:

CONSTITUIÇÃO DA ALEMANHA: Artigo 25 [Direito Internacional e Direito Federal] - As regras gerais do Direito Internacional serão parte integrante do Direito Federal. Prevalecerão sobre as leis e produzirão diretamente direitos e obrigações para os habitantes do território federal.

CONSTITUIÇÃO FRANCESA: Art. 55. Os tratados ou acordos devidamente ratificados e aprovados têm, desde a data de sua publicação, autoridade superior à das leis, sob reserva, para cada acordo ou tratado, de sua aplicação pela outra parte.

CONSTITUIÇÃO GREGA: Artículo 28. 1. Forman parte integrante del derecho helenico interno y tendran un valor superior a toda disposicion en contrario de la ley las reglas del derecho internacional generalmente aceptadas, asi como los tratados internacionales una vez ratificados por via legislativa y entrados en vigor con arreglo a las disposiciones de cada uno. Estara siempre sujeta a condicion de reciprocidad la aplicacion de las normas del derecho internacional general y de los tratados internacionales a los extranjeros.

As previsões constitucionais brasileiras alinham-se a essa tese da supralegalidade, pois estatuíram competências judicantes

especiais para serem julgadas eventuais ofensas aos tratados. Vejamos:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado [...] ou negar-lhes vigência;

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...] III - as causas fundadas em tratado [...] V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; [...] § 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Na legislação infraconstitucional nacional encontrávamos desde muito tempo disposição do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966) que admitia a suprallegalidade para as questões tributárias: “Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.”

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, incorporada em nosso ordenamento, é mais radical, coloca os tratados acima de toda legislação interna, inclusive da Constituição, apresentando apenas uma ressalva: que não contrarie manifestamente o que se disponha em norma interna sobre competência para concluir tratados (poder de celebrar) de

importância fundamental (o que em nosso caso seria a Constituição):

Art. 27. Direito Interno e Observância de Tratados: Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

Art. 46. Disposições do Direito Interno sobre Competência para Concluir Tratados: 1. Um Estado não pode 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 fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental. 2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa fé.

Assim sendo, os tratados internacionais assinados ou aderidos seriam supraconstitucionais, exceto no que diz respeito ao poder de celebrar (art. 84, VIII) e ao poder de aprovar esses tratados definitivamente por decreto legislativo, quando implicam encargos ou compromissos gravosos (art. 49, I); desde que não envolvam direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §2º), pois, para esses últimos, basta respeitar o poder de celebrar – somente estas duas matérias seriam logicamente infraconstitucionais. Noutras palavras, as disposições dos tratados internacionais, se não afetar o poder executivo de celebrar e o poder de aprovação congressional, teria status supraconstitucional.

A Convenção de Viena de 1969, ao integrar nosso ordenamento jurídico, estabeleceu: uma supraconstitucionalidade limitada (exceto no que atinge o poder de celebrar e de aprovar) e uma ampla supralegalidade.

Essa é a solução que tem mais sentido para a ótica internacional, pois os atos normativos internos são atos próprios. E ninguém pode alegar sua própria conduta para eximir-se de obrigações assumidas.

Brownlie (1997, p. 47) deixa isso claro: “Os atos legislativos e outras fontes de regras internas e de poderes de decisão não devem ser considerados como atos de terceiros pelos quais o Estado não é responsável.”

Por isso, o Estado não pode alegar na esfera internacional que seu Direito interno impediu de cumprir suas obrigações internacionais.

O mesmo raciocínio se aplica às disposições constitucionais, como foi reconhecido pelo Tribunal Permanente de Justiça, em 1932: “um Estado não pode invocar contra outro Estado a sua própria Constituição com a intenção de fugir às obrigações que lhe incumbem nos termos do Direito Internacional ou dos tratados em vigor.”¹⁰ (tradução livre).

A ideia de paraconstitucionalidade, no entanto, melhor se coaduna com o diálogo das fontes (nos termos propostos no item anterior) que a de supraconstitucionalidade.

Notemos que a expressão paraconstitucionalidade afasta, propositadamente, o emprego dos prefixos “supra” e “infra”, pois do prefixo “para” (de origem grega), dentre outros significados, emerge a ideia de proximidade, o que se mantém com o seu correspondente latino “ad”, que traz a ideia de adjunção. Logo, a paraconstitucionalidade, diz respeito a uma norma jurídica paralela

¹⁰ Texto original: “a State cannot adduce as against another State its own Constitution with a view to evading obligations incumbent upon it under international law or treaties in force”.

à norma constitucional, que com ela convive harmonicamente. Da paraconstitucionalidade decorre que a norma internacional não está acima nem abaixo da constitucional, mas com ela convive, devendo prevalecer sempre a mais benéfica para a pessoa humana.

3 ANÁLISE CRÍTICA

As considerações criticamente apresentadas até aqui sobre a incorporação e a hierarquia jurídica dos tratados internacionais permitem-nos apontar nossa visão sobre o regime jurídico dos tratados vigente em nossas terras e suas consequências.

Em primeiro lugar, observaremos como o antes apresentado resolve a incorporação e a hierarquia da própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Depois, apontaremos quadro síntese do regime aplicável, hoje, aos tratados que o Brasil assine, ratifique ou adira.

3.1 A Incorporação e a Hierarquia da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados foi adotada em 22 de maio de 1969 e foi aberta à assinatura em 23 de maio de 1969, data em que o Brasil se tornou signatário.

Os tratados internacionais podem ser celebrados atribuindo à assinatura o efeito de consolidar a obrigação de submeter-se ao pactuado (art. 12). Normalmente, no entanto, a assinatura produz apenas alguns efeitos (os efeitos do art. 18), ficando condicionado o consentimento de obrigar-se integralmente a ato posterior de ratificação, aceitação ou aprovação (art. 14). A Convenção de Viena

sobre o Direito dos Tratados prevê expressamente essa lógica, a necessidade de ratificação (art. 82).

A vigência internacional da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados foi prevista para iniciar, mesmo para os Estados que tenham imediata ou rapidamente ratificado ou aderido, somente no trigésimo dia após a data do depósito do trigésimo quinto instrumento de ratificação ou adesão (art. 84, 1); o que se deu em 27 de janeiro de 1980.

Para o Brasil, ratificante posterior à regra geral da entrada em vigor, a vigência internacional se deu no trigésimo dia após o depósito do instrumento de ratificação (art. 84, 2); ou seja, em 25 de outubro de 2009. A partir de então, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados tem toda força vinculante para comportamentos internacionais (art. 26).

Desde a assinatura brasileira em 23 de maio de 1969 até 25 de outubro de 2009 (entrada em vigor internacional para o Brasil), é preciso assinalar se alguma força vinculante de comandos desse tratado poderia ser admitida. Duas hipóteses precisam ser verificadas.

A primeira, prevista no art. 18, diz respeito a força vinculante para todos os signatários do tratado (mesmo para os que façam a assinatura sob reserva de ratificação) relacionada à obrigação de não frustrar o objeto e a finalidade do tratado. Ou seja, desde a assinatura, todo Estado signatário é obrigado a não fazer (obrigação negativa), a não adotar condutas e a não aprovar normas contraditórias ao objeto ou a finalidade do tratado. No momento em que um Estado firma um tratado, manifesta sua intenção de agir de determinada forma, de colaborar e não frustrar o negociado. Em decorrência da boa-fé, fica impedido de adotar comportamento contraditório.

Esse efeito jurídico imediato é muito importante para analisarmos as práticas nacionais consolidadas desde então quanto a utilização do decreto executivo, antes já criticada por nós.

A segunda, prevista no art. 25, diz respeito a possibilidade de se atribuir força vinculante a todas as obrigações ou a um subconjunto de obrigações (negativas e positivas) previstas em determinado tratado antes da sua entrada em vigor, ao que se intitula aplicação provisória. Aplicação provisória é a possibilidade de todas as obrigações ou parte das obrigações previstas em determinado tratado adquirirem vigência, força vinculante, antes do início da vigência para cada Estado.

Ao ratificar, em 25 de setembro de 2009, o Brasil apresentou reserva aos artigos 25 e 66. Reserva é uma declaração unilateral feita por um Estado concomitante ao ato da assinatura, da ratificação ou da adesão que exclui ou modifica o efeito jurídico de certas disposições de um tratado para o respectivo Estado (art. 2, 1, d da Convenção).

A reserva ao art. 25 se deu porque, na ocasião, a Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados entendeu que a inclusão de um compromisso internacional no ordenamento jurídico pátrio depende, por imposição constitucional, de um ato complexo do Poder Executivo (assinatura) e do Poder Legislativo (decreto legislativo). Razão pela qual o decreto legislativo n. 496, de 17 de julho de 2009, estabeleceu essa reserva não apontada inicialmente na assinatura. Não tem efeitos jurídicos, portanto, no Brasil, a aplicação provisória dos tratados.

A regime constitucional de 1937 foi o único regime constitucional que chegou a prever a aplicação provisória dos tratados. Dizia expressamente que competia privativamente ao Presidente (art. 74, n): “determinar que entrem provisoriamente em

execução, antes de aprovados pelo Parlamento, os tratados ou convenções internacionais, se a isto o aconselharem os interesses do País.” Essa regra não foi repetida nas Constituições posteriores e não foi considerada como compatível com o regime constitucional vigente por ocasião da aprovação legislativa da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Observe-se, porém, que o Brasil não apresentou reserva ao art. 18.

As regras da Convenção sobre os tratados tornaram-se, de qualquer forma, totalmente aplicáveis desde o início de seu vigor para o Estado brasileiro, a todos os tratados que o Brasil assine, ratifique ou adira (art. 4)

Em consequência de todas essas considerações, é possível afirmar que:

- desde 23 de maio de 1969, o Brasil está impedido de criar ou consolidar praxes, entendimentos ou normas jurídicas (obrigações negativas) que contraditem aquilo que se objetivou com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados;
- desde 25 de outubro de 2009, todas as regras da Convenção sobre os tratados condicionam o Direito brasileiro relativo ao tema (obrigações negativas e positivas), em consequência, todos os tratados firmados, ratificados ou aderidos pelo Brasil passam a ser regidos por essa Convenção.

É possível afirmar também que a incorporação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados na ordem jurídica brasileira, por não acarretar diretamente encargos ou compromissos gravosos ao país, deu-se com sua assinatura em 23 de maio de 1969. Sua eficácia, no entanto, ficou limitada até 24 de outubro de 2009 a apenas impedir a consolidação de novas praxes, de novos entendimentos e novas normativas que frustrassem o regramento almejado para o Direito dos Tratados.

Com a aquisição da vigência da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados para o Brasil em 25 de outubro de 2009 (não desde 14 de dezembro de 2009, data da publicação do decreto presidencial), essa Convenção tornou-se o regramento da matéria para o país. Desde então, adquiriu eficácia plena.

Por sua hierarquia ser a da supraconstitucionalidade (exceto no tocante às normas constitucionais de competência) e da supralegalidade (arts. 27 e 46), nenhuma legislação constitucional ou infraconstitucional que venha a surgir para reger o Direito dos Tratados a modificará, salvo se surgir alguma emenda constitucional modificadora da competência de celebrar ou decidir definitivamente sobre os tratados.

Ver essa convenção como paraconstitucional não afeta sua supralegalidade, mas permitiria, por outro lado, aceitar que eventual colisão com norma futura de estatura constitucional poderia ser resolvida pela preeminência da mais benéfica para os direitos humanos.

3.2 A Incorporação e a Hierarquia dos Tratados desde 25 de outubro de 2009

Diante da vigência e plena eficácia na ordem interna da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a incorporação e a hierarquia dos tratados que o Brasil assine, ratifique ou adira desde 25 de outubro de 2009 passa a ser regida pelas seguintes regras.

Quanto à INCORPORAÇÃO dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno:

- a assinatura e a adesão incorporam os tratados internacionais que não possuam compromissos ou encargos gravosos para o país (CF/88, art. 84, VIII);
- a assinatura e a adesão incorporam os direitos e as garantias fundamentais (direitos humanos) explicitados em tratados internacionais, mesmo que impliquem compromissos ou encargos gravosos para o país (CF/88, art. 5º, § 2º);
- a publicação do decreto legislativo incorpora os tratados internacionais dos quais decorram compromissos ou encargos gravosos para o país (art. 49, I, da CF).

Quadro 01 – Incorporação dos tratados internacionais

Momento da incorporação	Hipóteses
Assinatura ou Adesão	1. Apenas pela assinatura ou adesão do chefe do Poder Executivo federal, em duas hipóteses: 1.1. Se o tratado internacional não acarretar encargos ou compromissos gravosos para o patrimônio nacional; e 1.2. Se o tratado internacional, no todo ou em parte, versar direitos e garantias fundamentais, ainda que, porventura, implique encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.
Decreto Legislativo	2. Pela publicação de Decreto Legislativo do Congresso Nacional (Poder Legislativo federal) se o tratado internacional acarretar encargos ou compromissos gravosos para o patrimônio nacional, desde que não verse direitos e garantias fundamentais (que sucederá assinatura ou antecederá adesão).

Fonte: Elaboração própria.

Legenda: Fundamentação jurídico-normativa – CF/88, arts. 84, VIII; 49, I; e 5º, § 2º.

Quadro 02 – Eficácia interna dos tratados internacionais

Eficácia interna	Hipóteses
Obrigações Negativas	Antes da vigência internacional: 1. Assinatura de tratado sem reserva de ratificação 2. Assinatura de tratado com reserva de ratificação 3. Adesão à tratado
Obrigações Positivas	Antes da vigência internacional: 1. Assinatura de tratado sem reserva de ratificação A partir da vigência internacional: 1. Sem encargos ou compromissos: Adesão 2. Com encargos ou compromissos: Decreto Legislativo + Adesão 3. Ratificação

Fonte: Elaboração própria.

Quanto à HIERARQUIA dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno:

- prevalecem em relação aos tratados internacionais incorporados as regras constitucionais que fixam a competência para concluir tratados (CV, art. 46);
- os tratados internacionais incorporados prevalecem em relação a todas as demais normas constitucionais, se mais benéficos – paraconstitucionalidade (CV, art. 27);
- os tratados de direitos humanos podem adquirir o status especial, equivalente ao de emenda constitucional (CF/88, art. 5º, § 3º);
- os tratados internacionais incorporados são superiores a todas as demais normas infraconstitucionais – suprallegalidade (CV, art. 27).

Quadro 03 – Status hierárquico dos tratados internacionais

Status hierárquico	Fundamentos
Infraconstitucional	1. Prevalência da norma constitucional pátria sobre a convencional em relação à fixação de competência para a conclusão

	de tratados internacionais: As normas constitucionais brasileiras fixadoras de competência para a celebração de tratados internacionais prevalecem sobre os tratados internacionais celebrados pelo Brasil.
Paraconstitucionalidade	2. A norma convencional não está acima nem abaixo da constitucional pátria, pois com ela convive, paralelamente. Casuisticamente, deve prevalecer sempre a mais benéfica para a pessoa humana.
Supralegalidade	3. As normas convencionais incorporadas são superiores a todas as demais normas infraconstitucionais. O direito internacional e a teoria do diálogo das fontes, não a Constituição, estabelecem as ideias de supralegalidade e paraconstitucionalidade.
Norma constitucional	4. Os tratados de direitos humanos podem adquirir status especial, equivalente ao de emenda constitucional. Aprovação em cada casa do Congresso Nacional, em duplo turno de votação, por 3/5 dos respectivos membros.

Fonte: Elaboração própria.

Legenda: Fundamentação jurídico-normativa – CF/88, arts. 5º, § 3º; e 102, III, b; CV, arts. 27 e 46.

3.3 Consequências

Nos casos em que o tratado é incorporado ao sistema jurídico interno pela assinatura, as normas ou comportamentos anteriores são derogados.

Nos casos em que a incorporação do tratado na ordem interna depende do decreto legislativo, há que se ter em conta que “Existe um dever geral [do Estado signatário] de tornar o Direito

interno conforme às obrigações assumidas de acordo com o Direito Internacional” (BROWNLIE, 1997, p. 48).

O Estado que se omite nisso, viola sua obrigação de tomar as medidas necessárias.

Se o Estado não busca superar os obstáculos internos para consolidar as obrigações internacionais que assumiu (BROWNLIE, 1997, p. 46):

“Pode existir um conflito de obrigações, uma incapacidade do Estado para agir a nível interno da maneira exigida pelo Direito Internacional. A consequência dessa incapacidade não é a invalidez do Direito interno, mas a responsabilidade do Estado no âmbito internacional.”

Depois de incorporado, em função da hierarquia supraconstitucional, paraconstitucional e supralegal que o nosso sistema estatuiu para os tratados (desde a incorporação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados), não é possível novas normas jurídicas ou novas decisões administrativas ou judiciais furtarem-se do regramento convencional.

Se aparecem disposições normativas ou judiciais contraditórias ao regramento convencional internalizado, há que se provocar o controle da convencionalidade ou o controle da constitucionalidade (se decreto legislativo concedeu a tratado de direitos humanos o status equivalente ao de emenda constitucional) e, por essas vias internas, reconhecer a invalidez da novel disposição.

No âmbito do Direito Internacional, essa contraditoriedade não era vista como invalidez, apenas como violação das obrigações internacionais, como fato que permitia a responsabilização internacional do Estado. Nesse sentido, Brownlie

(1997, p. 48) afirmava que para o Direito internacional “a legislação [interna] pode, por si própria, constituir violação de uma disposição de um tratado”. Ou seja, que “o Direito interno pode constituir, simplesmente, prova da conduta imputável ao Estado em causa que gera responsabilidade internacional” (BROWNLIE, 1997, p. 51). E essa contraditoriedade pode advir, inclusive, de decisões judiciais: “uma decisão de um tribunal ou uma medida legislativa podem constituir prova de violação de um tratado” (BROWNLIE, 1997, p. 51). Brownlie (1997, p. 53) reconhece, no entanto, que, em Estados concretos, os tribunais nacionais podem ter o poder de não aplicar a legislação interna com o fundamento de que esta é contrária ao Direito Internacional. Esse nos parece ser o caso do Brasil.

CONCLUSÕES

Para a melhor compreensão do regime jurídico da incorporação e do status hierárquico dos tratados internacionais sugere-se, como técnica primeva, a necessária análise dissociada desses dois fenômenos, a fim de se evitar possíveis confusões.

Desde 25 de outubro de 2009, quando passou a vigor com eficácia plena a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o regime jurídico da incorporação e do status hierárquico de tratados internacionais assume a seguinte feição:

A sua incorporação, à luz do regramento constitucional pátrio (arts. 84, VIII, c/c 49, I, e 5º, § 2º) pode ocorrer mediante a assinatura ou adesão pelo Presidente da República quando não acarretar encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional ou, mesmo quando puder acarretá-los, se o documento internacional ou parte dele versar direitos e garantias fundamentais (direitos humanos); em contrapartida, a incorporação se dará pela publicação de decreto legislativo pelo Congresso Nacional quando o tratado acarretar encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional e não versar direitos e garantias fundamentais.

No que atine ao status hierárquico, em primeiro lugar, há que se observar a sobreposição das regras constitucionais que fixam a competência para a conclusão de tratados internacionais (CV, art. 46). Em seguida, o cenário que se apresenta é o da paraconstitucionalidade, ou seja, convivem as normas constitucionais com as convencionais, prevalecendo, na hipótese concreta ou decidida a título de controle concentrado, a mais benéfica à pessoa humana, independentemente de o documento versar ou não direitos e garantias fundamentais (CV, art. 27 e CF/88, art. 5º, § 2º). Nessas hipóteses, haverá necessariamente um duplo controle, de constitucionalidade e de convencionalidade, ambos sincreticamente realizados e tendentes à verificação da norma que prevalecerá. Depois, ventila-se a possibilidade de os tratados internacionais de direitos humanos já incorporados deixarem a paraconstitucionalidade para serem reconhecidos como de envergadura constitucional (EC), uma vez observado o procedimento legislativo adequado. Por fim, confirmando a paraconstitucionalidade, evidencia-se a supralegalidade, ou seja, a característica de que os tratados internacionais incorporados são superiores a todas as demais normas infraconstitucionais.

O raciocínio jurídico que propomos, ancorado nas normas jurídicas constitucionais e convencionais que regem o tema da incorporação e da hierarquia dos documentos internacionais sob análise, revela a necessidade de se realizar o controle de convencionalidade de tratados internacionais incorporados no Brasil, fundamentando-a juridicamente e justificando-a com a finalidade de se respeitar aquele valor que talvez ostente a mais alta importância na ótica do direito internacional, o da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ADLER, Mortimer J.; DOREN, Charles Van. **Como Ler Livros**. O guia clássico para a Leitura Inteligente. Trad. Edward Horst Wolff, Pedro Sette-Câmara. SP: É Realizações, 2014.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. **Revista do Direito do Consumidor**, vol. 115, ano 27, p. 21-40. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2018.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Trad. Maria Manuela Farrajota, Maria João Santos, Victor Richard Stockinger, Patrícia Galvão Teles. Lisboa: Fundação Calouste GulbenKian, 1997.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (ed.). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. San José da Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, Comissão da União Europeia, 1996.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. 2 ed. Trad. Vítor marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste GulbenKian, 2003.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. São Paulo: Manole, 2005.

OLIVEIRA, Danilo de. **Direito ao Desenvolvimento: conteúdo, natureza jurídica, vinculações estatais e efetividade**. Curitiba: Brazil Publishing, 2020.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE.
Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in Danzig Territory, Advisory Opinion, 1932 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 44 (Feb. 4). Publications of the Permanent Court of International Justice Series A./B. - No. 44; Collection of Judgments, Orders and Advisory Opinions A.W. Sijthoff's Publishing Company, Leyden, 1933. Available in: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1932.02.04_danzig.htm. Access in: 01.04.2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 107-145.