



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE
FACULDADE DE DIREITO**

JANAÍNA DE MENDONÇA MAROJA

**A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO:
ANTINOMIAS ENTRE AS NORMAS DE DIREITO INTERNO E OS TRATADOS DE
DIREITO INTERNACIONAL.**

**MARABÁ
2018**

JANAÍNA DE MENDONÇA MAROJA

**A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO:
ANTINOMIAS ENTRE AS NORMAS DE DIREITO INTERNO E OS TRATADOS DE
DIREITO INTERNACIONAL.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito, da Universidade Federal do Sul Sudeste do Pará, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Substituto Carlos Henrique Costa Marques

**MARABÁ
2018**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca Josineide da Silva Tavares / UNIFESSPA. Marabá, PA

Maroja, Janaína de Mendonça

A relação entre o direito internacional e o direito interno: antinomias entre as normas de direito interno e os tratados de direito internacional / Janaína de Mendonça Maroja ; orientador, Carlos Henrique Costa Marques. — 2018.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Campus Universitário de Marabá, Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Marabá, 2018.

1. Direito internacional público e direito interno. 2. Brasil - Relações exteriores - Tratados. 3. Relações internacionais. 4. Conflitos de normas (Direito). I. Marques, Carlos Henrique Costa, orient. II. Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará. III. Título.

CDDir: 4. ed.: 341.1

JANAÍNA DE MENDONÇA MAROJA

**A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO:
ANTINOMIAS ENTRE AS NORMAS DE DIREITO INTERNO E OS TRATADOS DE
DIREITO INTERNACIONAL.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito, da Universidade Federal do Sul
Sudeste do Pará, como requisito para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Substituto Carlos Henrique Costa Marques – Orientador / Professor substituto
do Curso de Direito no IEDS da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará –
UNIFESSPA

Profa. Dra. Lorena Santiago Fabeni / Professora do Curso de Direito no IEDS da
Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará – UNIFESSPA

Prof. Dr. Edieter Luiz Ceconello / Professor do Curso de Direito no IEDS da
Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará – UNIFESSPA

Aprovado em ____ de _____ de 2018.

Conceito: _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço, acima de tudo, à minha mãe, Celina, por toda uma vida dedicada a me proporcionar o melhor possível, por todo o amor e apoio ofertados ao longo desses 26 anos. Por todo incentivo e por todo puxão de orelha.

Agradeço, ainda, às minhas famílias, de sangue e de coração, por todo o amor, carinho, apoio e cobranças sempre presentes, não importando a distância ou quaisquer outras dificuldades. Agradeço especialmente à minha avó, Maria Yêda, à minha madrinha, Ivana, e à minha Deca, mulheres sem as quais eu não seria quem sou.

À Talitta, a mulher que surgiu em minha vida do nada, com aquele gostinho de 'era pra ser', sem você e seus "e o TCC?" nem eu e nem este trabalho estaríamos aqui.

A todos os meus amigos, mas especialmente à Anne, Auara, Bianca, Carlos, Carol, Geise, Ítalo, Jan, Lucas, Maiary, Matheus, Mikail, Rita e Wemila, alguns companheiros de toda a vida, outros mais recentes, mas em nada menos importantes.

Ao meu orientador Prof. Carlos Henrique, por ter aceitado a árdua missão de, aos 45 minutos do segundo tempo, me acompanhar e guiar durante a realização deste trabalho.

Aos mestres da faculdade, por todas as lições ensinadas, em especial aos Professores Ediéter e Lorena, por terem aceitado me orientar anteriormente. E a todos os meus outros professores, mestres de toda a vida.

Por fim, obrigada a todas as pessoas que passaram pela minha vida e que de alguma forma contribuíram para este momento.

Muito obrigada!

*We've all got both light and dark inside of us.
What matters is the part we choose to act on,
that's who we really are.*

(Sirius Black)

Nitwit! Blubber! Oddment! Tweak!

(Albus Dumbledore)

RESUMO

Buscou-se com o presente trabalho apresentar os elementos que fundamentam a Sociedade Internacional, analisando a bibliografia especializada que debate sobre seu funcionamento. Em seguida foi demonstrado que por vezes existem conflitos entre as normas internas de cada membro com as da mencionada Sociedade Internacional. Concluindo que, embora amplamente utilizados na resolução dessa antinomia, os modelos utilizados, por vezes, não utilizados de forma adequada.

Palavras chave: Direito Internacional Público; Tratados Internacionais; Antinomia.

ABSTRACT

The present work sought to present the elements that explain the International Society, analyzing the specialized bibliography that debates its operation. It has subsequently been shown that sometimes there are conflicts between the internal rules of each of its members and those of the International Society. Concluding that whilst widely used in solving this antinomy, the models used are sometimes not used properly.

Key words: Public International Law; International Treaties; Antinomies.

SUMÁRIO

1 – Introdução	9
2 – Da Sociedade Internacional	10
3 – Das Fontes De Direito Internacional	15
3.1 - Dos Tratados Internacionais	17
3.1.1 – Da Estrutura Formal Dos Tratados	20
4 – Dos Conflitos Entre Normas De Direito Interno E Normas De Direito Internacional	24
4.1 – Dos Conflitos Em Matéria Tributária	34
4.2 – Dos Conflitos Em Matéria De Direitos Humanos.....	35
4.2.1 – Dos Tratados De Direitos Humanos E A Lei Da Reforma Trabalhista No Brasil.....	40
5- Considerações Finais	43
6- Referências	48

1 – INTRODUÇÃO

A pesquisa aqui proposta visa apresentar as formas de resolução de conflitos aparente entre as normas do Direito interno e as Normas de Direito Internacional, tema bastante relevante no contexto atual, marcado por mudanças legislativas repentinas e inesperadas, que visam atender interesses ocasionais, e Reformas, que não consideram a opinião dos indivíduos diretamente afetados por elas.

Inicialmente apresentamos o conceito de Sociedade Internacional, para demonstrar que o Brasil, enquanto ente de Direito Público Internacional, se relaciona e se insere nesse contexto Global de Relações Internacionais.

Nas últimas duas décadas nosso País passou por uma significativa mudança política, o Estado se comprometeu com diversos Órgãos Internacionais, além de outros entes da Sociedade Internacional, a alcançar objetivos comuns, relacionados principalmente a direitos sociais.

Cabendo ressaltar que, apesar de já superada a problemática, o presente trabalho discorre de maneira objetiva sobre as teorias que buscaram debater as principais características do conceito de Sociedade Internacional, quais sejam os teóricos da Escola Inglesa e os Institucionalistas. Além de deixar claro que o termo Sociedade Internacional não se confunde com Comunidade Internacional.

Os compromissos mencionados anteriormente, se formalizam principalmente por meio de Documentos assinados pelos Chefes de Estado dos países interessados.

Estes documentos, denominados Tratados, são as principais fontes de Direito Internacional, conforme será exposto, mas não são os únicos. Nesse sentido, o presente trabalho se dedica também a expor a estrutura, as classificações e denominações dos Tratados Internacionais.

Os Tratados Internacionais, como principal fonte de Direito Internacional Público, representam a vontade de seus signatários em atingir determinado fim ou de colaborarem entre si para alguma finalidade, dessa forma os vinculando.

Por ser composto, ora por normas diretivas, ora por comandos genéricos abstratos, com metas a serem atingidas em longo prazo, muitas vezes mudanças

políticas internas dos Estados signatários, acabam por inviabilizar a efetividade desses Tratados.

Por vezes essa inviabilidade ocorre de maneira indireta, por exemplo com a elaboração de uma norma interna mais nova que traz matéria contrária a disposição contida em Tratado anteriormente assinado.

Esse último tópico, será exemplificado no presente trabalho de maneira objetiva, ao discorrer sobre normas tributárias e trabalhistas (que entraram em vigor recentemente) que trazem dispositivos contrários a normas internacionais sobre o tema.

2 – DA SOCIEDADE INTERNACIONAL

Da mesma forma que nós, enquanto indivíduos, necessitamos de regras para resolução de nossos conflitos e para mantermos uma convivência pacífica, os Estados e demais entidades internacionais também necessitam destas para regulamentar suas relações.

Dessa maneira, é perceptível a existência de uma verdadeira Sociedade Internacional, motivo de divergência doutrinária já superada¹, esta seria composta por Estados e organizações internacionais, tais como as ONGs, empresas e indivíduos.

Portela ², ao conceituar Sociedade Internacional, dispõe:

[...] como um conjunto de vínculos entre diversas pessoas e entidades interdependentes entre si, que coexistem por diversos motivos e que estabelecem relações que reclamam a devida disciplina.

Delimitaremos nosso trabalho ao conceito apresentado acima, contudo, ainda que tenha sido superada a divergência inicial, cabe ressaltar que o seu conceito é, por vezes, motivo de intenso debate acadêmico, como no trabalho apresentado por

¹ Tradicionalmente a Sociedade Internacional era considerada interestatal, contudo essa concepção foi superada por conta da importância que as organizações internacionais ganharam, se firmando como relevantes sujeitos de Direito Internacional.

² PORTELA. Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*, 6ª ed. Fortaleza. Ed. JUSPODIVM. 2014. p. 38.

Bruno Macêdo Mendonça³, que destaca entre outras coisas o dinamismo e a complexidade do cenário internacional atual, como motivos para fomentar o debate conceitual.

Discorreremos brevemente sobre os pontos que caracterizam a Sociedade Internacional, apontando as diversas teorias que fomentam a controvérsia no meio acadêmico.

Nos cabe, assim, apontar inicialmente as divergências existentes entre os estudiosos adeptos da Escola Inglesa e os Institucionalistas.

A Escola Inglesa das Relações Internacionais lança, através de seus teóricos, o conceito de sociedade internacional⁴, se limitando ao reconhecimento de sua caracterização apenas pela existência de relações entre os Estados – entidades políticas, que comunguem de valores e interesses – e que tal relacionamento seria fortemente marcado pelo formalismo.

Dessa maneira, segundo Souza⁵:

A Escola Inglesa é identificada por sua ênfase no conceito de sociedade internacional e nas chamadas três tradições. Conforme desenvolvido por Hedley Bull (1995, 13), tal conceito pressupõe a existência de um grupo de Estados que se consideram ligados por certos valores e interesses comuns. Seu relacionamento acontece, por um conjunto comum de regras e instituições. Essa ênfase demonstra as preocupações normativas dos membros da Escola Inglesa com as regras, normas, leis e princípios de legitimidade que sustentam a ordem mundial.

Uma vez reconhecida a existência de uma sociedade internacional faz-se necessária a sua manutenção e é neste sentido que dois dos principais autores da escola inglesa, quais sejam, Martin Wight e Hedley Bull, destacam as instituições⁶ da sociedade internacional⁷, são elas para o primeiro⁸:

³ MENDONÇA, Bruno Macedo. *O Conceito De Sociedade Internacional Na Teoria Das Relações Internacionais Contemporânea*. UnB. 2012.

⁴ MENDONÇA, Bruno Macedo. *Op.Cit.* p. 01.

⁵ SOUZA, Emerson Maione. *A Escola Inglesa de Relações Internacionais e o Direito Internacional*. Mural Internacional. 2013. p. 02.

⁶ Instituições aqui são representadas em um sentido mais abrangente, quase como institutos jurídicos dessa Sociedade, não apenas como instituições em seu sentido mais estrito (pessoas jurídicas).

⁷ MENDONÇA, Bruno Macedo. *Op.Cit.* p. 02.

⁸ WIGHT, Martin. *A Política do Poder*. Traduzido por Carlos Sérgio Duarte. 2ª ed. Ed. UnB. São Paulo. 2002. p. 104

- A diplomacia;
- As alianças;
- As garantias;
- A guerra;
- A neutralidade.

Enquanto o segundo⁹ vê como instituições da sociedade internacional:

- A balança de poder;
- O Direito Internacional;
- O mecanismo diplomático;
- O sistema gerencial das grandes potências;
- A guerra.

Todas estas instituições possuem caráter decisivo para os estudiosos da Escola inglesa, surgindo no decorrer do tempo e influenciando no contexto das relações internacionais.

Seguindo a identificação destas, mostra-se pertinente a conceituação do que, de fato, seriam as instituições. Nas palavras de Bull¹⁰ temos que:

By an institution we do not necessarily imply an organisation or administrative machinery, but rather a set of habits and practices shaped towards the realisation of common goals. [...] These institutions serve to symbolise the existence of an international society that is more than the sum of its members, to give substance and permanence to their collaboration in carrying out the political functions of international society, and to moderate their tendency to lose sight of common interests.¹¹

⁹ BULL, Hedley. *The Anarchical Society – A Study of Order in World Politics*. 3ª ed. Pelgrave. New York. 2002. p. 71.

¹⁰ BULL, Hedley. *Idem*,

¹¹ “Por instituição não necessariamente implica-se uma organização ou mecanismo administrativo, mas um conjunto de hábitos e práticas moldados para a concretização de objetivos comuns. [...] Essas instituições servem para simbolizar a existência de uma sociedade internacional que é mais do que a soma de seus membros, para dar substância e permanência às suas colaborações no cumprimento das funções políticas da sociedade internacional e moderar a tendência de seus membros de perder o foco dos interesses comuns” (Tradução própria)

Mendonça¹² prossegue afirmando que os Estados ou entidades de outra natureza (as instituições no sentido estrito) não foram objeto de muita análise da Escola Inglesa.

Se para os realistas bastava a comunhão de valores e regras comuns para configuração da Sociedade Internacional, a mesma situação não se mostra verdadeira para os institucionalistas.

Mendonça¹³, citando Buzan, aponta algumas diferenças entre as abordagens da escola inglesa e dos institucionalistas:

Na visão dos institucionalistas, [...], os atores (estados) agem de forma racional e egoísta, perseguindo seus interesses dentro de um quadro de regimes que, de alguma forma, incentiva-os à cooperação em determinadas circunstâncias. Para os defensores da SI, os atores cooperam porque compartilham das normas e valores dessa sociedade, e não somente porque lhes é conveniente, por vezes, cooperar. Ademais, os autores da tradição inglesa enfocam as instituições como estruturas normativas construídas historicamente, e não como arranjos particulares, formal ou informalmente organizados (*idem*).

Dessa forma, depreende-se, que para os institucionalistas os atores internacionais (Estados e outras entidades não políticas) podem se relacionar por pura conveniência, visando apenas a defesa de interesses particulares, instituindo regras específicas entre os envolvidos para defesas de alguns valores. Valores estes que embora comuns, representem interesses individuais dos envolvidos.

Nesse sentido, os principais autores adeptos das teorias institucionalistas seriam Robert Keohane e Joseph Nye¹⁴. Temos que estes levantam suas teorias após observarem as mudanças no cenário internacional e o surgimento de novas demandas, que faziam surgir a necessidade de maior cooperação. Ainda nesse sentido Igor Souza afirma:

As mudanças observadas no cenário internacional, notadamente a difusão de atores não-estatais e a saliência das “questões globais”, como o Meio-Ambiente e os Direitos Humanos, que transcendiam a capacidade de ação dos estados individuais e abriam a oportunidade para a cooperação entre os mesmos, chamou a atenção dos

¹² MENDONÇA, Bruno Macedo. *Op.Cit.* p. 07.

¹³ MENDONÇA, Bruno Macedo. *Op.Cit.* p. 07.

¹⁴ *Idem*.

estudiosos das relações internacionais, que passaram a contestar os postulados realistas.¹⁵

Desta forma, encerrando as diferenças conceituais a respeito da Sociedade Internacional, podemos concluir que tal como nas sociedades internas, temos um conceito dinâmico que vai se modificando, ou se adaptando, com o tempo, alterando suas características, muitas vezes sem abrir mão do que era defendido anteriormente, compartilhando desse mesmo entendimento Mendonça¹⁶: *Na SI, assim como na sociedade interna, um processo de socialização está em contínuo andamento.*

A tempo, apontamos ainda que o conceito de Sociedade Internacional não se confunde com o de Comunidade Internacional, esta última, segundo Portela¹⁷: “[...] fundamenta-se em vínculos espontâneos e de caráter subjetivo, envolvendo identidade e laços culturais, emocionais, históricos, sociais, religiosos e familiares comuns”.

Ainda sobre as comunidades internacionais Valério de Oliveira Mazzuoli¹⁸ afirma que além da existência destes laços subjetivos e espontâneos de identidade, não há entre seus participantes qualquer sentimento de dominação de uns sobre os outros.

O que distingue os dois conceitos é o *animus*, enquanto em uma comunidade os vínculos surgem espontaneamente, fundados em laços subjetivos, em uma sociedade os vínculos são apoiados na vontade de seus membros, que se associam com algum objetivo em comum.

Finalizadas as discussões sobre a formação histórica do conceito de Sociedade Internacional, passaremos então a discorrer sobre as fontes das normas jurídicas do Direito Internacional Público que regularão as relações jurídicas dessa Sociedade.

Dessa forma, assim como nos demais ramos do Direito, é necessário discorrer sobre suas fontes, que nada mais são do que os Instrumentos de onde se originam os comandos normativos.

¹⁵ DE SOUZA, Igor Abdalla Medina. *Dom Quixote reencontra Sancho Pança Relações Internacionais e Direito Internacional antes, durante e depois da Guerra Fria*. PUC-Rio. 2005. p. 135.

¹⁶ MENDONÇA, Bruno Macedo. *Op.Cit.* p. 12.

¹⁷ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*, 7ª ed. Salvador. Editora JUSPODIVM. 2015. p. 38.

¹⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso De Direito Internacional Público*. p. 63.

3 – DAS FONTES DE DIREITO INTERNACIONAL

Conforme exposto no capítulo anterior, que tratou sobre o conceito de Sociedade Internacional e todas as instituições que a compõem, como visto, entre estas encontra-se o Direito Internacional.

Sabemos que este subdivide-se em dois ramos bastante diversos, mas ainda bastante confundidos, o Direito Internacional Público (DIP) e o Direito Internacional Privado (DIPri). Cumpre destacar as diferenças entre estas duas matérias e seus objetos.

Nos termos de Portela¹⁹, temos que o Direito Internacional Público define-se como:

[...] o ramo do Direito que regula as relações internacionais, a cooperação internacional e temas de interesse da sociedade internacional, disciplinando os relacionamentos que envolvem Estados, organizações internacionais e outros atores em temas de interesse internacional, bem como conferindo proteção adicional a valores caros à humanidade, como a paz e os direitos humanos.

Ainda em conformidade com o autor, o Direito Internacional Privado:

[...] regula os conflitos de leis no espaço, cuidando, essencialmente, de estabelecer critérios para determinar qual a norma, nacional ou estrangeira, aplicável a relações privadas com conexão internacional, ou seja, que transcendem os limites nacionais e sobre as quais incidiria mais de uma ordem jurídica.

Feitas as devidas diferenciações, focaremos, agora, no Direito Internacional Público, onde encontraremos o objeto de estudo deste trabalho. Como já falado o DIP existe para regular as relações entre os Estados que compõem a sociedade internacional, tal regulação é realizada através de normas retiradas de diversas fontes.

Conforme Mazzuoli²⁰, essas fontes podem ser divididas em duas seções, sendo que a primeira diria respeito às fontes primárias, enquanto a segunda relaciona-

¹⁹ PORTELA. Paulo Henrique Gonçalves. *Op. Cit.* p. 50.

²⁰ MAZZUOLI. Valério de Oliveira. *Op. Cit.* p. 128.

se aos meios auxiliares e às novas fontes do DIP – que vem surgindo a medida que o cenário internacional se transforma.

Assim, temos que, em acordo com o defendido pela maioria dos doutrinadores da disciplina, o rol das fontes primárias do DIP e de seus meios auxiliares é aquele indicado no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ), que traz o seguinte:

A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;

- b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;

- c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;

- d. sob ressalva da disposição do Artigo 59²¹, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem.

Em resumo, ainda seguindo a doutrina de Mazzuoli²², seriam as fontes primárias da matéria, os tratados, os costumes e os princípios gerais de direito, por sua vez, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados seriam os meios auxiliares, bem como a equidade à qual se refere o 2º parágrafo do supramencionado artigo.

Prosseguindo, o autor ainda ressalta que embora não sejam elencadas outras fontes pelo art. 38, o Direito Internacional segue evoluindo e com isso nota-se o surgimento e a adoção de novas fontes, tais como as decisões (*latu sensu*) de organizações internacionais, como a ONU, por exemplo, e as manifestações unilaterais de vontade dos Estados (atos unilaterais).

²¹ Art. 59 A decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão.

²² MAZZUOLI. Valério de Oliveira. *Op. Cit.* p.131.

Uma vez expostas as fontes do Direito Internacional Público, analisaremos, agora, aquelas que podem ser consideradas como as mais seguras dentre todas, os Tratados Internacionais.

3.1 - DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Há uma natural complexidade nas relações entre pessoas naturais no mundo globalizado, uma vez que estas relações podem romper as fronteiras nacionais tradicionais.

Atualmente é muito comum o comércio virtual entre pessoas de países diferentes por meio de portais especializados de comércio, ou relações ainda mais complexas como o desenvolvimento de um produto em um país diferente do da sede de sua empresa.

Diante dessas novas relações, entre pessoas de diferentes países vivendo em meio à globalização, o direito evoluiu e vem tentando acompanhar essas transformações.

Daí surgiu, portanto, a necessidade do estabelecimento de regras para regulamentar essas relações, dessa maneira, segundo Portela²³ o Direito Internacional Público é o:

[...] ramo da Ciência Jurídica que visa a regular as relações internacionais com vistas a permitir a convivência entre os membros da sociedade internacional e a realizar certos interesses e valores aos quais confere importância em determinado momento histórico.

Nesse contexto, os Tratados surgem como a mais segura e concreta fonte do Direito Internacional Público, sendo a sua codificação. Destacamos a definição dada pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) aos últimos, em seu Art. 2º, §1º, a:

a) “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um

²³ PORTELA. Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*, 6ª ed. Fortaleza. Ed. JUSPODIVM. 2014. p. 37.

instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica [...].

Mazzuoli, ao citar Adolfo Maresca, afirma que a necessidade de se codificar o Direito dos tratados nasce no intuito de desenvolvê-lo e contribuir para com os propósitos das Nações Unidas para a promoção e manutenção da paz e da segurança internacionais.²⁴

Considerando a significação dada pela Convenção aos tratados, mostra-se de suma importância apontar e explicar os elementos primordiais utilizados na conceituação daqueles.

Seriam eles, conforme as ideias do supramencionado autor²⁵:

- **Acordos Internacionais:** acordos firmados com base no livre consentimento de todos os Estados envolvidos. Tal acordo cria um vínculo jurídico entre as partes, criando, desta forma, obrigações mútuas entre as mesmas. São verdadeiros atos jurídicos internacionais.

- **Celebração por escrito:** por se tratarem de acordos essencialmente formais, os tratados devem, obrigatoriamente, ser escritos. Tal regra possibilita segurança para todos os envolvidos.

- **Com conclusão entre Estados e/ou Organizações Internacionais:** existindo na condição de atos jurídicos internacionais, os tratados apenas poderão ser firmados por entes detentores do poder de assumir direitos e obrigações no âmbito internacional. Vemos esta capacidade nos Estados soberanos – capazes de firmar tratados de qualquer matéria – e nas organizações internacionais como ONU, OEA, OIT, etc – estas têm poder limitado, podendo concluir apenas tratados correlatos às suas áreas de atuação e finalidades.

- **Regidos pelo Direito Internacional:** o ato internacional classificado como tratado é aquele celebrado no âmbito do Direito Internacional Público, ou seja, que tenha sido concluído sob as regras e autoridade do DIP.

- **Celebrado em instrumento único ou em dois ou mais instrumentos conexos:** tal regra diz respeito à possibilidade de um tratado internacional ser

²⁴ MAZZUOLI. Valério de Oliveira. *Op. Cit.* p. 192

²⁵ *Idem* p. 197 e ss.

composto e validado por mais de um instrumento, de maneira que poderá conter além do seu texto principal, por exemplo, anexos e protocolos adicionais. A regra favorece, ainda, a composição de tratados cujos instrumentos tenham sido produzidos em momentos diversos, como no caso dos acordos por troca de notas.

- **Ausência de denominação específica:** desta regra depreende-se que ‘tratado’ é uma expressão genérica, podendo receber as mais variadas denominações de acordo com sua forma, objetivo, conteúdo, fim. Ou seja, será um tratado, o ato jurídico internacional que apresentar todos os elementos acima, independente do nome que receber.

Uma vez compreendida como se dá a conceituação do que é um tratado internacional, podemos afirmar que a adoção dos mesmos trouxe maior exatidão e segurança jurídica às relações entre os Estados membros da sociedade internacional, posto que o seu uso fez com que as relações baseadas em normas de costume fossem perdendo espaço, uma vez que essas, por não serem, por muitas vezes, reconhecidas por todas as partes, deixavam os Estados em meio à incertezas e inseguranças jurídicas.

Devido à importância que os tratados possuem, pode-se dizer que, dentro da sociedade internacional eles funcionam de maneira semelhante às leis no Direito Interno, apresentando até mesmo estrutura similar.

Como vimos anteriormente, o termo ‘tratado’ é genérico e refere-se à várias espécies de atos jurídicos; ainda, que os tratados são vinculantes independente do nome que recebam. Isto posto, vejamos então algumas das espécies de tratados²⁶:

- **Acordo:** a expressão, oriunda do termo *agreement* (utilizada no direito norte americano), é aplicada aos atos internacionais celebrados por um reduzido número de participantes e dotados de menor importância política. Tais atos podem ser de natureza econômica, política, científica, cultural ou comercial.

- **Acordo por troca de notas:** as notas diplomáticas geralmente são utilizadas em atos de natureza administrativa. Este tipo de acordo é firmado em

²⁶ Cabe apontar algumas outras espécies apresentadas pela doutrina: acordo em forma simplificada ou acordo do executivo; gentlemen’s agreement (acordo de cavalheiros); protocolo; ato ou ata; *modus vivendi*; arranjo; concordata; reversais ou notas reversais; ajuste ou acordo complementar; convênio; compromisso; estatuto; regulamento; código; memorando de entendimento; constituição; contrato; declaração.

momentos diversos, normalmente para a alteração ou interpretação de cláusulas de atos previamente concluídos. São elaborados em nome de apenas uma das partes.

- **Carta:** são estes os tratados responsáveis por regulamentar a criação das organizações internacionais, eles firmam as suas finalidades e objetivos, os seus órgãos e modo de funcionamento, ou seja, fixam os elementos constitutivos de cada organização, como exemplo desta modalidade de carta temos a Carta das Nações Unidas (1945). Existem ainda as cartas que estabelecem os direitos e deveres dos Estados que delas sejam partes, como a Carta dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores (conhecida como Carta Social Europeia).

- **Convenção:** comumente utilizado como sinônimo de tratado, este é o nome dado aos atos multilaterais cujo objetivo seja estabelecer normas gerais do Direito Internacional em temas de grande relevância para a sociedade internacional. Estes atos costumam ter sua origem em conferências e congressos internacionais onde tenham sido debatidos temas de interesse geral.

- **Pacto:** estes são os atos revestidos de grande importância política e que sejam mais específicos no tratamento das matérias por eles regulamentadas. Tomemos como exemplo desta modalidade de ato internacional o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Por vezes, o termo também é utilizado como sinônimo de tratado.

- **Tratado:** como já mencionado, o termo tratado é uma expressão genérica utilizada para designar qualquer ato jurídico internacional, no entanto, alguns doutrinadores afirmam existir, também, a espécie tratado, receberiam esta nomenclatura os atos internacionais dotados de caráter mais solene e maior importância política, como os tratados de paz.

3.1.1 – DA ESTRUTURA FORMAL DOS TRATADOS

Conforme mencionado anteriormente os tratados possuem nomenclaturas bem específicas, veremos, no entanto, que em função dessas variações eles não possuem formas tão rígidas, porém todos apresentam uma estruturação mínima.

Logo, faz-se necessário uma análise dessa estrutura formal dos Tratados de Direito Internacional.

Uma vez desconsideradas as variações apresentadas por cada espécie de tratado internacional, existentes em virtude de suas particularidades, veremos que todos os tratados trarão as matérias por eles trabalhadas, ou seus respectivos assuntos, em seus **títulos**.

Seguindo a ordem em que essas estruturas aparecem dentro do tratado, temos que o título é seguido pelo **preâmbulo**. É neste que encontraremos todas as partes interessadas, ou seja, os contratantes, ali, ainda serão apresentadas as razões que levaram as partes ao acordo. A razão de existência do preâmbulo é a de facilitar a interpretação do ato jurídico internacional, por este motivo o mesmo não é dotado de qualquer força obrigatória.

Ao dar-se continuidade chega-se àquela que é considerada a parte principal do tratado, o seu **dispositivo**, ele conterá a sequência dos artigos que darão forma ao tratado, nesses artigos serão encontradas as cláusulas que tornarão possível a produção de efeito do acordo. Todos os enunciados constantes do dispositivo, ao contrário do preâmbulo, possuem obrigatoriedade.

Mazzuoli²⁷ afirma que ao final desta sessão do ato, “após o corpo do tratado e de suas disposições de direito subjetivo seguem-se as *cláusulas finais*”, estas tem natureza adjetiva, trazendo as regras sobre ratificação, entrada em vigor do tratado, possibilidades de denúncia ou prorrogação, prazo de vigência (na hipótese de sua existência), etc.

A conclusão do instrumento se dará com o seu **fecho**, que indicará a data e o local de celebração do acordo, o idioma em que o mesmo foi redigido, bem como o número de exemplares originais produzidos. Na sequência será conferida a autenticidade do tratado, as pessoas competentes para tal ato (Chefes de Estado, Ministros das Relações Exteriores, etc), depositarão, no respectivo local, suas **assinaturas** na ordem mais apropriada e, por fim, tem-se o **selo de lacre**, quando serão gravados os brasões dos Estados.

²⁷ MAZZUOLI. Valério de Oliveira. *Op. Cit.* p. 215.

3.1.2 – DAS PRINCIPAIS CLASSIFICAÇÕES DOS TRATADOS

Tendo em vista que já relacionamos, aqui, as espécies de tratados e apresentamos a estrutura mínima presente em cada um, independentemente de sua espécie, mostra-se pertinente uma breve exposição de suas classificações.

A classificação dos tratados internacionais, em acordo com o proposto por Mazzuoli²⁸, inicia-se quando os categorizamos a partir de dois métodos, quais sejam, **formal e material**.

A partir do método formal os acordos poderão ser classificados **quanto ao número de partes** acordantes, podendo ser **bilaterais** quando concluídos por duas partes ou **multilaterais** quando a conclusão é realizada por três ou mais partes.

Ainda, quando a classificação diz respeito ao **processo de conclusão** empregado, na existência de apenas uma fase (assinatura) para a conclusão teremos os tratados em **forma simplificada** ou unifásicos, contudo, quando mostrarem-se necessárias a assinatura e a ratificação (duas fases internacionais), surgirão os tratados em **sentido estrito**, *stricto sensu*, forma solene ou bifásicos.

Por fim, os acordos internacionais ainda poderão ser formalmente classificados quanto à **possibilidade de adesão** de outros membros da sociedade internacional em momento posterior à conclusão. Quando esta adesão posterior não for permitida os tratados serão classificados como **fechados**. Sendo a adesão autorizada, observar-se-á a possibilidade de adesão por qualquer Estado, o que caracterizará um tratado **aberto ilimitado**. Existindo limitação (frequentemente de ordem geográfica) de adesão por apenas um determinado grupo de Estados o tratado será **aberto limitado**.

Dentre as classificações materiais temos a divisão quanto à **natureza jurídica**, conforme esta quando da existência de um tratado celebrado por um grande número de partes, que tenha como objetivo a fixação de normas, sendo elas gerais e

²⁸ *idem* p. 216 e ss.

abstratas, de Direito Internacional Público, logo, de mesmo valor e obrigatoriedade para todas as partes, o tratado será chamado de **tratado-lei** ou **tratado-normativo**.

Na hipótese de situação inversa, ou seja, quando as vontades das partes são divergentes e por esse motivo não houver a fixação de regras gerais e abstratas aplicáveis à todas, havendo, por conseguinte, a fixação de prestações e contraprestações individuais dotadas de um fim que atenda aos interesses particulares dos Estados, serão concluídos os **tratados-contrato**, muito semelhantes aos contratos no Direito Interno.

Os acordos põem, também, ser divididos quanto à sua **execução no tempo**. Se o ato gera uma situação jurídica estática, que seja objetiva e definitiva, concluída instantânea e imediatamente, ele será denominado **tratado transitório**. Todavia, se a sua execução se prolongar no tempo indeterminadamente o tratado será **permanente**. Frise-se que o foco desta forma de classificação está na execução desses tratados e não nos seus efeitos.

Ademais, há a categorização que diz respeito à **execução dos acordos no espaço**, existindo, assim, os tratados cujas normas deverão ser aplicadas sobre **todo o território** do Estado e os que aplicar-se-ão apenas a **parte do território**.

Finalizando as formas classificatórias, temos a classificação quanto à **estrutura de execução**, esta será aplicável apenas aos tratados multilaterais. Os tratados que, por ventura, forem descumpridos, por uma ou mais partes entre si, mas que não tenham a sua execução, como um todo, comprometida será chamado **mutualizável**. Por sua vez, o tratado que for descumprido por qualquer das partes, por qualquer que seja o motivo, gerando danos a todas as demais partes, restará impossibilitado de ser aplicado à todas, sendo classificado como **não mutualizável**.

Após essa breve, porém suficiente, explanação sobre os Tratados Internacionais, onde foram apontadas suas principais características e classificações, encerramos o presente tópico, para em seguida debatermos sobre o objetivo principal do presente trabalho.

Como ficou demonstrado, a Sociedade Internacional é formada principalmente por Estados (além de outras entidades reconhecidas pelo Direito Internacional), soberanos, autônomos, com território, governo e população. Os

conceitos de soberania e autonomia, pressupõem a existência de um ordenamento jurídico próprio, e cada vez mais os Entes Estatais se aliam ou assinam “documentos” visando estreitar relações, por essa razão é cada vez mais comum nos depararmos com situações onde as normas internas se confrontam com as externas.

Em razão disso, explanaremos a seguir as principais formas dispostas na Doutrina especializada como forma de saneamento destes conflitos.

4 – DOS CONFLITOS ENTRE NORMAS DE DIREITO INTERNO E NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL

Diversos são os fatores que influenciam ou inspiram os legisladores na elaboração das normas, da mesma forma não é possível enumerar todos os fatores que motivam a criação dos Documentos que tratam sobre o Direito Internacional Público, por conta disso é comum haver uma total falta de sincronia nos interesses.

Essa falta de sintonia acaba resultando em normas conflitantes, que dispõem valores antagônicos entre normas de direito interno e normas de direito internacional.

Assim, o que deverá fazer o Estado que se encontrar nesta situação conflituosa? É nítido que cada Estado definirá, do alto de sua soberania, qual será, afinal, o método utilizado para a solução do embate, no entanto, o que teria a doutrina a oferecer neste sentido?

Os doutrinadores há muito vêm debatendo essa questão e a esse respeito Mazzuoli²⁹ se manifesta da seguinte maneira:

Esse problema apresenta dois aspectos: um teórico, consistente no estudo da hierarquia do Direito Internacional frente ao Direito interno; e outro prático, relativo à efetiva solução dos conflitos porventura

²⁹ MAZZUOLI. Valério de Oliveira. *Op. Cit.* p. 91.

existentes entre a normativa internacional e as regras do Direito doméstico.

A partir daí tem início a discussão sobre o Direito Internacional e o Direito Interno serem ordenamentos jurídicos diversos e independentes ou se seriam dois sistemas dentro do mesmo ordenamento e por isso derivados um do outro.

Apesar da existência de outras teorias que buscam explicar a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, as mais relevantes permanecem sendo as teorias Monista e Dualista. Analisaremos aqui, o que cada uma delas traz sobre o assunto em questão.

Gustavo Binênbojm³⁰, ao citar Charles Rousseau, aponta uma excelente síntese do problema ora analisado. Vejamos:

Ou os dois ordenamentos jurídicos são independentes, distintos, separados e impenetráveis (dualismo), ou um deriva do outro, o que implica uma concepção unitarista do direito.

Essa concepção unitarista do direito seria o Monismo, teoria liderada por Hans Kelsen. Os seus defensores afirmam a existência de um sistema jurídico unificado, onde o Direito Interno seria parte do Direito Internacional e retiraria dele a validade de sua existência.

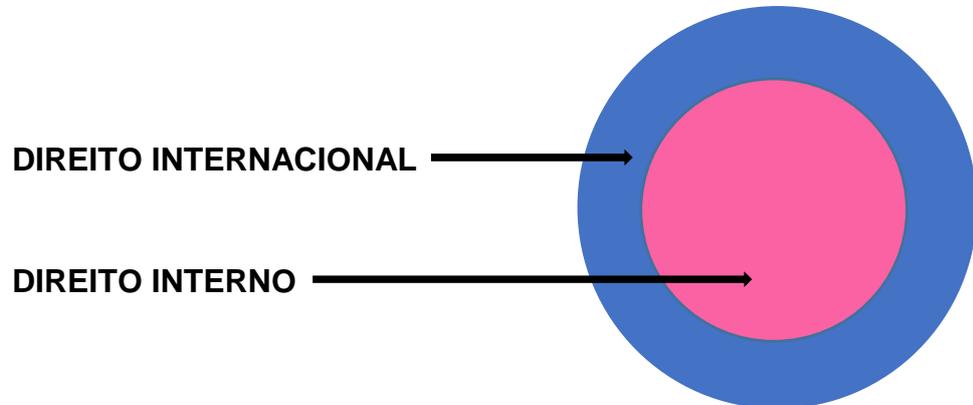
Dentro desta visão admite-se a possibilidade de existência de conflitos entre as normas internas e as internacionais – adiante veremos que o mesmo não existe dentro da teoria dualista – e conseqüentemente, a necessidade de solucioná-los.

Há, dentro deste sistema uno, uma certa hierarquia entre os Direitos Interno e Internacional, as normas deste último seriam hierarquicamente superiores às normas do primeiro, de forma que os Estados estariam obrigados a cumpri-las quando assumidas reciprocamente – *pacta sunt servanda*.

As normas internacionais deverão ser aplicadas diretamente no ordenamento jurídico dos Estados, não dependendo de qualquer internalização dessas normas, ou seja, elas terão valor e deverão ser cumpridas pelos Estados sem a necessidade de que sejam incorporadas pelo ordenamento interno.

³⁰BINENBOJN. Gustavo. *Monismo e Dualismo no Brasil: Uma Dicotomia Afinal Irrelevante*. p. 182.

Mazzuoli³¹ descreve a situação desse sistema³² de uma forma que nos permita ilustrá-lo:



Se a relação entre Direito Internacional e o Direito interno for analisada sob a ótica acima ilustrada perceberemos a existência de temas de competência exclusiva do Direito Internacional – os que pertenceriam, na ilustração, ao espaço além do círculo menor –, enquanto o oposto não ocorre, o Direito interno não possui, dentro desta teoria, jurisdição exclusiva sobre qualquer tema, assim este e aquele poderão regular as mesmas matérias.

Explicando, segundo os adendos da teoria monista, por conta da hierarquia existente, é possível, que existam normas de Direito internacional sobre qualquer tema de direito interno, inclusive de maneira concomitante, de outro modo, não seria possível a existência de normas internas sobre qualquer tema de domínio do Direito Internacional.

A teoria monista não exclui, contudo, a necessidade dessa incorporação quando esta for a previsão expressa na Constituição do Estado. O pensamento de Kelsen quanto a esse assunto, conforme trazido por Binjenbojm³³, é no sentido de que:

A questão da norma a prevalecer, no caso de um conflito entre o direito nacional e o internacional, só pode decidir-se com base no ordenamento jurídico nacional envolvido; a resposta não pode ser deduzida a partir da relação que se presume existir entre o direito

³¹ MAZZUOLI. Valério de Oliveira. *Op. Cit.* p. 99.

³² “É dizer, não há dois círculos contíguos que não se interceptam, mas, ao contrário, dois círculos superpostos (concêntricos) em que o maior representa o Direito Internacional que abarca, por sua vez, o menor, representado pelo Direito interno.”

³³ BINENBOJN. Gustavo. *Op.Cit*, 183.

nacional e o internacional. Uma vez que, de acordo com o direito positivo nacional, não seja vedada, em caso de conflito entre a norma internacional e a nacional, a prevalência desta sobre aquela, os juízes ficam obrigados a aplicar o direito nacional, ainda que contrário ao direito internacional.

Em decorrência dessa abertura na teoria de Kelsen, o monismo passa a ter, na visão de Binjenbojm³⁴ duas vertentes, o monismo moderado e o monismo radical.

Segundo a teoria monista moderada, desenvolvida por Alfred von Verdross³⁵, o juiz, no caso de um conflito entre os direitos interno e internacional, deverá aplicar um ou outro, seguindo a previsão presente no ordenamento jurídico nacional. Tal teoria não contraria completamente o pensamento de Kelsen, uma vez que ainda considera Direito Internacional e Direito interno como partes de um todo.

Já o monismo radical é mais fiel aos ideais de Kelsen, pregando a completa unicidade do sistema jurídico e a prevalência do Direito Internacional sobre toda e qualquer norma interna. Esta é a teoria adotada pela maioria dos doutrinadores brasileiros.

Para Portela³⁶ e Mazzuoli³⁷ a teoria monista divide-se em monismo nacionalista e monismo internacionalista. Mazzuoli vai além, ao propor uma terceira divisão, chamada monismo internacionalista dialógico.

Para os defensores do monismo nacionalista o ordenamento interno sempre prevalecerá sobre o internacional. A soberania do Estado seria irrestrita e absoluta, prevalecendo o princípio da supremacia da Constituição.

Enquanto para o monismo internacionalista o Direito Internacional será hierarquicamente superior ao Direito interno, sendo este subordinado àquele. Desta forma, o tratado internacional sempre prevaleceria sobre as regras do ordenamento jurídico interno, devendo a norma interna, que por ocasião, contrariasse a internacional ser declarada inválida. Perceba-se que é nesta modalidade do monismo

³⁴ BINENBOJN. Gustavo. *Op.Cit*, p. 184.

³⁵ *Idem*.

³⁶ PORTELA. Paulo Henrique Gonçalves. *Op. Cit.* p. 53.

³⁷ MAZZUOLI. Valério de Oliveira. *Op. Cit.* p.

que encontraremos a divisão apontada por Binbenist (monismo radical e monismo moderado).

Ao analisarmos o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, resta claro que esta adota o posicionamento monista internacionalista. Vejamos:

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 46.³⁸

É dizer, que uma vez que um Estado deixe de cumprir um tratado ele não poderá evitar as devidas sanções alegando estar agindo em concordância com o seu ordenamento interno.

Sobre o monismo internacionalista dialógico, aquela terceira divisão da teoria monista, defendida por Valério de Oliveira Mazzuoli, tem-se que este surge da necessidade de adoção de uma forma de solução de conflitos mais democrática, tendo em vista os “direitos humanos”. Para o autor:

[...] no que tange às relações entre os tratados internacionais de direitos humanos e as normas domésticas de determinado Estado, é correto falar num "diálogo das fontes". Os próprios tratados de direitos humanos (bem assim a prática dos organismos regionais de direitos humanos, v.g. , da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos) têm contemplado esse "diálogo" internormativo textualmente, quando exigem seja aplicada a norma "mais favorável" ao ser humano.

Teoria similar é defendida por Paulo Henrique Gonçalves Portela que a chama de primazia da norma mais favorável, ela, ao contrário das teorias acima referidas que enfatizam os aspectos formais, dá a devida importância ao valor que a norma visa defender. Nesse sentido³⁹:

³⁸ “Artigo 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.”

³⁹ PORTELA. Paulo Henrique Gonçalves. *Op. Cit.* p. 55.

[...] em vista do valor incorporado pela norma, o Direito Internacional dos Direitos Humanos vai conceber o princípio da primazia da norma mais favorável à vítima/ao indivíduo, pelo qual, em conflito entre normas internacionais e internas, deve prevalecer aquela que melhor promova a dignidade humana. Esse princípio fundamenta-se não no suposto primado da ordem internacional ou nacional, mas sim na prevalência do imperativo da proteção da pessoa humana, valor atualmente percebido por parte importante da sociedade internacional como superior a qualquer outro no universo jurídico.

Falemos agora sobre a teoria que coloca Direito Internacional e Direito Interno como sistemas jurídicos distintos e absolutamente independentes, o dualismo.

Para os doutrinadores dualistas, como Heinrich Triepel⁴⁰, as normas de Direito Internacional não exercem qualquer influência sobre as matérias relativas ao âmbito do Direito interno e, neste caso, o contrário mostra-se verdadeiro, desta sorte, não haveria a possibilidade de existirem antinomias entre as normas destes dois ordenamentos. Mazzuoli⁴¹ ressalta:

[...] de acordo com os dualistas, quando um Estado assume um compromisso exterior, o está aceitando tão somente como fonte do Direito Internacional, sem qualquer impacto ou repercussão no seu cenário normativo interno.

Ocorre que, para que um tratado internacional passe a ter valor dentro do Direito interno faz-se necessária a sua internalização, ou seja, a sua “transformação” em norma interna, através de procedimento de incorporação exclusivo do Direito interno. Logo, para os dualistas o Direito interno deverá prevalecer sobre o Direito Internacional.

Seguindo a ótica da corrente dualista o papel de regular as relações entre os Estados e seus indivíduos caberia, exclusivamente, ao Direito interno, restando ao Direito Internacional regulamentar as relações entre os Estados e entre estes e os organismos internacionais. Não há, portanto, a supremacia de um sistema jurídico sobre o outro.

Assumindo que, para que um tratado internacional tenha valor no âmbito do Direito interno ele necessite ser incorporado ao ordenamento estatal – é dizer, transformado em norma interna –, caso suas normas conflitem com outra norma interna, fala-se, agora em conflito entre duas disposições nacionais.

⁴⁰ BINENBOJN. Gustavo. *Op.Cit*, p. 185.

⁴¹ MAZZUOLI. Valério de Oliveira. *Op. Cit.* p 93.

Assim como ocorre com a teoria monista, o dualismo também apresenta algumas divergências por parte de seus defensores, dando origem a suas subdivisões, o dualismo moderado e o dualismo radical.

Os adeptos da teoria dualista radical entendem que a internalização – ou transformação – de norma internacional no ordenamento jurídico interno demanda, obrigatoriamente, a edição de uma lei distinta, gerando verdadeira fonte de direito autônoma.

Já para os dualistas moderados tal obrigatoriedade não existe, neste sentido Portela⁴² estipula:

[...] não é necessário que o conteúdo das normas internacionais seja inserido em um projeto de lei interna, bastando apenas a incorporação dos tratados ao ordenamento interno por meio de procedimento específico, distinto do processo legislativo comum, [...] no caso do Brasil, um decreto de promulgação do Presidente da República, que inclui o ato internacional na ordem jurídica internacional.

Uma vez esclarecidas ambas as teorias, monista e dualista e suas divisões, resta a dúvida: e no Brasil, como são resolvidos os conflitos entre os tratados internacionais dos quais o país é signatário e as normas internas?

Como mostrado anteriormente, a Convenção de Viena de 1969 estipula que a norma de Direito Internacional deverá prevalecer sobre a norma interna, no entanto, muitos são os Estados que, contrariando a Convenção, reforçam a sua soberania ao condicionar a aplicação dos tratados internacionais à sua compatibilidade com o Direito interno. Esse é o caso do Brasil.

Assim, ao se comparar as teorias anteriormente analisadas com as práticas nacionais, percebe-se que o nosso país herda aspectos tanto do monismo quanto do dualismo.

Ao passo que a Constituição Federal determina a incorporação, através de ato presidencial confirmado pelo Congresso, dos acordos internacionais já válidos em âmbito internacional e ratificados pelo país, no ordenamento interno, percebem-se traços do dualismo moderado. Sobre o tema a Constituição versa:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

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

⁴² PORTELA. Paulo Henrique Gonçalves. *Op. Cit.* p. 52.

No entanto, quando presente a admissibilidade de conflitos – não reconhecidos pela teoria dualista – entre as normas internas e as internacionais e critérios para sua solução, enxergam-se características monistas, também em sua forma moderada.

O fato é, que, na prática, independente da classificação dada – seja ela monista moderada ou dualista moderada –, os critérios jurídicos adotados para a resolução das antinomias supramencionadas não sofrem alterações. Apesar do legislador constituinte não regulamentar de maneira expressa o modo como as normas internacionais serão aplicadas no país, a jurisprudência – além da doutrina, cujo entendimento já foi discutido neste trabalho – vem nos mostrando o seu entendimento a respeito do tema.

É cediço que a Constituição Federal é a norma máxima do país, logo, nenhuma outra, nacional ou internacional, será superior a ela. Desta forma, na hipótese de um tratado entrar em conflito com norma constitucional, esta última prevalecerá, assim entende o STF.

Não há no ordenamento jurídico pátrio uma uniformidade quanto a hierarquia dos tratados perante as normas nacionais. O status do ato internacional poderá variar conforme a matéria por ele regulada ou seu procedimento de elaboração.

Ainda em 1977, quando do Recurso Especial 80.004, o STF adotou o posicionamento de que os tratados internacionais são dotados de status infraconstitucional, sendo, assim, equivalentes às leis ordinárias, salvo exceção. Vejamos como se manifestou o Tribunal naquele momento:

Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito brasileiro, **não se sobrepõe ela às leis do país**, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-lei nº 427/69, que instituiu o registro obrigatório da nota promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título.⁴³ [Grifo nosso]

Na ocasião, restou assentado que perante o conflito entre a lei nacional e o tratado prevaleceu a regra mais recente. Este resultado atesta que uma vez que os tratados sejam equiparados às leis ordinárias, na existência de antinomias entre estas

⁴³ BINENBOJN. Gustavo. *Op. Cit.* p. 190.

e aqueles, a solução dar-se-á da mesma forma que seria aplicada no caso de um conflito entre duas leis ordinárias internas.

É dizer, quando o ato internacional (de status infraconstitucional e equivalente a lei ordinária) entra em conflito com lei interna de mesmo nível hierárquico, a questão será solucionada adotando-se as práticas comuns, a saber:

- Critério cronológico: lei posterior prevalece sobre a anterior – *lex posterior derogat priori*. Segundo este critério havendo conflito entre duas leis, a que tiver entrado em vigência por último prevalecerá.
- Critério de especialidade: lei específica prevalece sobre a genérica - *lex specialis derogat generali*. Na hipótese de conflito entre uma norma que verse sobre uma matéria de maneira geral e outra que a trate de forma especializada, a última deverá prevalecer, mesmo que a genérica seja posterior.

Ilustremos a discussão sobre a resolução dos conflitos entre tratados e normas internas com o posicionamento do Ministro Celso de Mello sobre o assunto:

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados no direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, e eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.⁴⁴

Antes de concluir a nossa discussão a respeito das formas de solução das antinomias entre os ordenamentos internacional e interno, abriremos espaço para um posicionamento deveras interessante, uma vez que questiona o do STF.

Valério de Oliveira Mazzuoli, posiciona-se no sentido de que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é equivocado e impreciso. Para o ilustríssimo autor não seria admissível a possibilidade de uma norma ordinária

⁴⁴ PORTELA. Paulo Henrique Gonçalves. *Op. Cit.*p. 130/131.

nacional impedir a vigência de um tratado internacional. Esta seria uma forma de driblar os acordos internacionais, o autor se manifesta conforme segue⁴⁵:

Ora, admitir que um compromisso internacional perca vigência em virtude da edição de lei posterior que com ele conflite (*treatyoverride*) é permitir que um tratado possa, unilateralmente, ser revogado por um dos seus Estados-partes, o que não é jurídico e tampouco compreensível. Seria fácil burlar todo o pactuado internacionalmente se, por disposições legislativas internas, fosse possível modificar tais normas. Se um Estado se obriga livremente a cumprir um acordo internacional, como explicar possa ele (Estado) editar leis contrárias a todo o pactuado? Qual o valor de um tratado se, por meio de lei interna, pudessem os Estados simplesmente não aplicá-lo? Seria muito simples admitir que o não cumprimento de um tratado, internamente, pudesse acarretar a prática de um ilícito internacional, pelo qual, externamente, devesse o Estado responder.

De acordo com o posicionamento do autor todos os tratados internacionais em vigor no Brasil recebem status supralegal, sendo superados apenas pela Constituição Federal. Ou seja, ainda que posterior, a lei ordinária interna não terá o poder de revogar os acordos internacionais comuns – diz-se comum o tratado que não regule matéria de Direitos Humanos.

Mazzuoli reconhece, que, embora não seja esse o entendimento do STF, em algumas decisões mais recentes do tribunal, já é possível enxergar uma luz que leve a este caminho, como no caso, por ele citado, do voto-vista do Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343-1/SP, de 2006, no qual o Ministro defende que os tratados internacionais de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada apresentam-se hierarquicamente em um nível intermediário, sendo inferiores à Constituição, mas superiores às normas infraconstitucionais. Destaque-se o seguinte trecho do seu voto:

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção da pessoa humana.

Concluindo nossa análise sobre o tema, diz-se que toda regra tem exceções, na solução das antinomias jurídicas internacionais e internas não seria diferente. Adiante analisaremos essas exceções.

⁴⁵ MAZZUOLI. Valério de Oliveira. *Op. Cit.* p. 409.

4.1 – DOS CONFLITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Relembrando o preceituado pela doutrina monista internacionalista, o ordenamento internacional deverá prevalecer sobre as normas jurídicas internas estatais. Uma vez publicados, os tratados passam a ser dotados de obrigatoriedade dentro do ordenamento interno, tendo o poder de revogar o regramento ordinário que os contrariem, devendo ser considerados quando da edição de novas leis. Tal situação se apresentará em função do caráter supralegal dos tratados e não por serem posteriores ou especializados em relação às leis internas.

Na eventualidade do Estado deixar de cumprir o acordo internacional por ele ratificado, este ente estatal sofrerá a devida responsabilização no âmbito internacional.

Em nosso país, o art. 98 do Código Tributário Nacional – CTN – de 1966, oferece, no cenário tributário, a veracidade e a aplicabilidade desta teoria. Vejamos:

Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.

É nítida a primazia, conferida por este dispositivo, dada ao tratado internacional que regule matéria tributária sobre a lei interna que verse sobre a mesma matéria. Restando óbvio o caráter supralegal apresentado por esses tratados, o que denota respeito máximo à norma *pacta sunt servanda*.

O art. 98 mostra-se ainda mais especial, por ser ele, dentro de todo o ordenamento jurídico doméstico, o único a expressar de maneira clara e inequívoca a primazia da norma de Direito Internacional sobre a de Direito interno.

Apesar da clareza da norma apresentada, Mazzuoli ressalta que muitas são as críticas à ela oferecidas. Critica-se, por exemplo a redação dada ao dispositivo, alega-se que os tratados não **revogam** as leis internas, as **derrogam** – suspendem a sua aplicabilidade. No entanto, o autor afirma ser a derrogação uma espécie do gênero revogação, assim a utilização deste último termo não seria errônea, apenas genérica.

Questiona-se, ainda, a constitucionalidade do artigo, uma vez que ele aparenta conferir às normas internacionais tributárias status hierárquico que somente poderia ser conferido pela constituição. Mais uma vez Mazzuoli defende o art. 98 do CTN e também a sua constitucionalidade, observa o autor, que, por se tratar de lei complementar, o CTN cumpre exatamente o seu papel, a saber, complementar as normas constitucionais. Nesse sentido⁴⁶:

Assim sendo, a lei interna que violar tratado em matéria tributária será inconstitucional, não por atacar diretamente o texto constitucional, mas por violar a competência que a Constituição atribuiu às leis complementares para estabelecer normas gerais de direito tributário.⁴⁷

Encerremos este tópico com o entendimento do STF quanto a esse assunto, que existe no sentido de limitar a aplicação do art. 98 aos **tratados-contratos** (que não criam normatividade), em favor dos **tratados-normativos**. O posicionamento do STF, na opinião de Mazzuoli, carece de fundamento jurídico, posto que o artigo em questão não se refere a um ou outro tipo, logo, sua interpretação deve dar-se no sentido de aplica-lo a ambos. Para Paulo Caliendo⁴⁸:

[...] o uso da classificação dos tratados em duas espécies, normativa e contratual, é claramente descabido como fundamentação para a interpretação restritiva do art. 98 do Código Tributário Nacional.

4.2 – DOS CONFLITOS EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS

Desde o fim da Segunda Guerra Mundial nota-se uma crescente preocupação com a proteção dos direitos humanos, sendo, este, um dos maiores desafios enfrentados pela Sociedade Internacional na atualidade. Logo, a proteção e

⁴⁶ MAZZUOLI. Valério de Oliveira. *Op. Cit.* p. 435

⁴⁷ O CTN, lei de 1966, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 a partir do Princípio da Recepção – amparado pelo art. 34. §5º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que versa: “Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores.” A constituição em seu art. 146, III, atribui à lei complementar o poder de estabelecer normas gerais de matéria tributária. Vejamos: “Art. 146. Cabe à lei complementar: III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária [...]”.

⁴⁸ MAZZUOLI. Valério de Oliveira. *Op.Cit.* p. 437.

a promoção destes direitos mostra-se como um tema amplamente debatido, também, pelo Direito Internacional.

Denomina-se **Direito Internacional dos Direitos Humanos** o ramo do Direito Internacional voltado para a proteção dos direitos das pessoas humanas. Hodiernamente, muitos são os tratados que versam sobre a matéria, no entanto, todos apresentam uma mesma característica – de vital importância –, a proteção, inquestionável e independente de qualquer outro fator, dos direitos humanos.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos tem o objetivo de proteger todos os indivíduos – que neste momento já deixaram de ser apenas objeto, passando a ser, também, sujeitos do Direito Internacional Público –, independentemente de cor, sexo, religião, nacionalidade, lugar que se encontre, etc. Esta disciplina, nas palavras de José Antonio Rivera Santivañez seria:

[...] encarregada de escudar o conjunto de normas internacionais, convencionais ou consuetudinárias, onde são estipulados o comportamento e os benefícios que as pessoas ou grupos de pessoas podem esperar ou exigir dos governos [...]⁴⁹

E teria como seu objeto de estudo:

[...] o conjunto de normas previstas pelas declarações, tratados ou convenções sobre direitos humanos adotados pela Comunidade Internacional em nível universal ou regional, aquelas normas internacionais que consagram os direitos humanos, que criam e regulam os sistemas supranacionais de promoção e proteção dos direitos humanos, assim como as que regulam os procedimentos possíveis de serem levados ante ditos organismos para o conhecimento e consideração das petições, denúncias e queixas pela violação dos direitos humanos [...]⁵⁰

Até chegarmos ao nível de proteção dos direitos humanos que temos hoje, longo foi o caminho percorrido. O Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao longo da história, teve muitos antecedentes, Mazzuoli⁵¹ cita alguns deles, iniciando pelos tratados de paz de Westfália (1648), passando pelo Direito Humanitário, a Liga das Nações e pela Organização Internacional do Trabalho – OIT.

No entanto, o fato histórico verdadeiramente responsável pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos como o conhecemos foi a Segunda Guerra Mundial. Não há dúvidas de que as atrocidades cometidas naquela ocasião causaram

⁴⁹ MAZZUOLI. Valério de Oliveira. Op. Cit. p. 907.

⁵⁰ *idem*.

⁵¹ *Idem*. P.905.

um profundo impacto em toda a comunidade internacional. Logo após o fim da guerra, restou, na consciência coletiva, a certeza de que situação semelhante não poderia, jamais, voltar a acontecer.

Naquele momento, afirma Mazzuoli⁵², os Estados sentiram, mais que uma necessidade, a obrigação de desenvolver um conjunto de regras internacionais que objetivasse a real proteção dos direitos humanos. A partir daí o Direito Internacional dos Direitos Humanos passa a se concretizar.

A produção de tratados internacionais de direitos humanos tem início após a criação da Organização das Nações Unidas – ONU – em 1945 e da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Uma vez entendida a origem do Direito Internacional dos Direitos Humanos, passemos ao estudo de como se dá a relação de seus tratados com o ordenamento interno brasileiro.

Ainda seguindo os pensamentos do referido autor⁵³, temos que a Constituição Federal de 1988, se adequando ao contexto internacional de proteção dos direitos humanos, coloca a dignidade da pessoa humana⁵⁴ e a prevalência dos direitos humanos⁵⁵ como princípios fundamentais do nosso país, possibilitando uma aproximação entre o sistema jurídico nacional e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Do §2º do art. 5º da Constituição, infere-se o reconhecimento e a aceitação – dentro do sistema de direitos e garantias – de dupla fonte normativa. Seriam então, a partir da entrada em vigor da Constituição, reconhecidas como fontes de direito tanto as normas provenientes do ordenamento interno quanto as normas do Direito Internacional. Veja-se o referido parágrafo:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁵² MAZZUOLI. Valério de Oliveira. Op. Cit. p. 907.

⁵³ *idem*. p. 912.

⁵⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...].

⁵⁵ “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos; [...]”.

Considerando o conteúdo protegido pelos tratados internacionais de direitos humanos – claramente relativos a direitos e garantias –, nos é permitido afirmar que com este parágrafo a Constituição confere aos acordos internacionais de direitos humanos, quando ratificados pelo Estado nacional, o status de fontes constitucionais de direitos humanos dentro do ordenamento interno. Neste sentido Mazzuoli⁵⁶ manifesta-se:

Segundo o nosso entendimento, a cláusula aberta do § 2º do art. 5º, da Carta de 1988, **sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa**. Portanto, segundo sempre defendemos, o fato de esses direitos se encontrarem em tratados internacionais jamais impediu a sua caracterização como direitos de status constitucional. [grifo nosso]

Apesar da aparente obviedade da norma contida no §2º do art. 5º da norma Constitucional, a mesma ainda era vítima de controvérsias. Assim, no intuito de encerrarem-se os debates quanto à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento nacional, houve-se, por bem, a edição da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que acrescentou mais um parágrafo ao art. 5º da Constituição, com a redação a seguir:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Ocorre que, embora a intenção da EC nº 45/2004 tenha sido admirável, na prática ela trouxe mais dúvidas do que soluções. Conforme a doutrina, ao passo em que a norma determina que apenas os tratados internacionais de direitos humanos aprovados por maioria qualificada passam a ter grau hierárquico de norma constitucional, surge a possibilidade de outros tratados, que versem sobre o mesmo tema, mas não tenham atingido o quórum de aprovação determinado pelo §3 do art. 5º da Constituição, passem a ter valor de norma infraconstitucional.

A situação mostra-se ainda mais complexa ao considerarmos o ponto destacado por Mazzuoli⁵⁷:

⁵⁶ MAZZUOLI. Valério de Oliveira. Op. Cit. p. 915.

⁵⁷ MAZZUOLI. Valério de Oliveira. Op. Cit. p. 919.

Como o texto proposto, ambíguo que é, não define quais tratados deverão ser assim aprovados, poderá ocorrer que **determinados instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, aprovados por processo legislativo não qualificado, acabem por subordinar-se à legislação ordinária**, quando de sua efetiva aplicação prática pelos juízes e tribunais nacionais (que **poderão preterir o tratado a fim de aplicar a legislação ordinária "mais recente"**), o que certamente acarretaria a responsabilidade internacional do Estado brasileiro. [grifo nosso]

Ademais, a partir da inclusão do parágrafo em análise, como ficaria a situação dos tratados ratificados pelo Brasil em momento anterior à EC nº 45/2005?

Nesse sentido, tanto a doutrina quanto a jurisprudência afirmam que esses tratados são materialmente constitucionais, em função do disposto no §2º do art. 5º da Carta Magna. Vejamos posicionamento do Ministro Celso de Mello, que ao votar no HC nº 87.585 posiciona-se quanto aos tratados de direitos humanos possuírem grau hierárquico constitucional:

Reconheço, no entanto, Senhora Presidente, que há expressivas lições doutrinárias [...] que sustentam, com sólida fundamentação teórica, que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, acentuando, ainda, que **as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil antes do advento da EC nº 45/2004, como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional**, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade. [...] Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator [...] inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos [...] ⁵⁸ [grifo nosso]

Em resumo, todos os tratados internacionais de direitos humanos apresentam-se como materialmente constitucionais, tenham eles sido aprovados antes ou depois da EC nº45/2004. Já os tratados posteriores à Emenda, para consagrarem-se como formalmente constitucionais devem ter sido aprovados dentro dos termos estabelecidos pelo §3º do art. 5º da Constituição⁵⁹.

Não podemos deixar de mencionar, novamente⁶⁰, o entendimento que vem sendo adotado pelo STF a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de

⁵⁸ MOREIRA, Renan Montenegro. *Incorporação Dos Tratados Internacionais De Direitos Humanos Ao Ordenamento Jurídico Brasileiro*. 2011. p. 78.

⁵⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. Cit. p. 941.

⁶⁰ Tema previamente abordado no 4º capítulo deste trabalho.

direitos humanos que não tenham sido ratificados com o quórum mínimo exigido pelo parágrafo supra. Tem o Tribunal se manifestado no sentido de que esses tratados possuem valor hierárquico supralegal, estando abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias.⁶¹

Assim, considerando todo o exposto, podemos afirmar que havendo conflito entre tratado internacional de direitos humanos e norma de direito prevalecerá a norma mais benéfica à pessoa humana, respeitando-se o princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano. Assim se pronuncia Flavia Piovesan:

[...] na hipótese de eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, adota-se o critério da prevalência da norma mais favorável à vítima [...]⁶²

4.2.1 – DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E A LEI DA REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, ao igualar a importância dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais, e afirmar a relação de indivisibilidade e interdependência desses dois blocos de direitos, favorece a afirmação de que o Direito do Trabalho apresenta-se como uma vertente do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Logo, os direitos individuais e sociais dos trabalhadores, enquanto direitos sociais, econômicos e culturais, encontram-se sob a proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos.⁶³

Isto posto, deverão os tratados internacionais sobre direitos individuais e sociais trabalhistas, tome-se como exemplo as convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT, existir, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, no mesmo nível hierárquico dos demais tratados internacionais de direitos humanos, a saber, supralegais ou, ainda, equiparados às leis complementares.

Assim, como acontece com as normas internacionais de direitos humanos, na existência de antinomia jurídica entre normas domésticas e normas internacionais

⁶¹ Ver votos do Ministro Gilmar Mendes nos Recursos Especiais 466.343-1/SP e 349.703-1/RS

⁶² DELGADO, Mauricio Godinho. & DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista No Brasil – Com Os Comentários À Lei N. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, p. 71.

⁶³ DELGADO, Mauricio Godinho. & DELGADO, Gabriela Neves. Op. Cit. p. 67.

trabalhistas prevalecerá aquela que for mais favorável ao trabalhador. Maurício Godinho Delgado e Gabriela Alves Delgado posicionam-se conforme segue:

[...] prevalecerão o princípio da norma mais favorável ao trabalhador e o princípio da vedação do retrocesso como vetores obrigatórios para a fixação dos critérios de interpretação e de solução do conflito normativo posto [...] ⁶⁴

Recentemente, vimos o cenário jurídico nacional trabalhista passar por uma grande transformação, com a Lei nº 13.467/2017, a Reforma Trabalhista. Ao entrar em vigor a lei alterou profundamente o sistema normativo de proteção aos direitos trabalhistas.

Mas, e do ponto de vista do Direito Internacional do Trabalho, qual a relação da nova lei com as normas interacionais de proteção aos direitos trabalhistas?

Delgado e Delgado, exprimem-se de forma bastante acalorada sobre os impactos sofridos pelo sistema internacional de direitos humanos trabalhistas, a partir da desregulamentação e flexibilização das relações de trabalho ocasionadas pela Lei 13.467/2017:

Este processo de desregramento intentado pela nova lei atingiu, em grande medida, a plataforma internacional dos Direitos Humanos trabalhistas, estruturada em diversos importantes documentos normativos internacionais. No conjunto da Lei n. 13.467/2017 existem desrespeitos manifestos aos diplomas internacionais de proteção ao trabalho humano. ⁶⁵

De acordo com os autores, vários são os artigos, editados pela nova lei, que entram em conflito com as normas internacionais trabalhistas e com a Constituição Federal de 1988. Para Delgado e Delgado as ofensas aos dispositivos internacionais mostram-se tão graves que justificam a possibilidade de submissão da Lei 13,467/2017 ao controle de constitucionalidade e ao controle de convencionalidade. ⁶⁶

Usaremos de um quadro ⁶⁷ para mostrar alguns exemplos, apontados pelos autores, das faltas cometidas pela lei supra referida para com os ordenamentos internacional e interno.

⁶⁴ *idem*. p. 72.

⁶⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. & DELGADO, Gabriela Neves. Op. Cit. p. 75.

⁶⁶ *Idem*. p. 73.

⁶⁷ Elaborado a partir de informações coletadas ao longo do capítulo III, III, da obra *A Reforma Trabalhista no Brasil*, de Maurício Godinho Delgado e Gabriela Alves Delgado.

Direito desrespeitado	Artigo da CLT conforme a Lei 13.467/2017.	Dispositivo desrespeitado
Flexibilização inconstitucional da jornada de trabalho.	Art. 59, § 5º.	Art. 7º, XIII, da Constituição.
Flexibilização inconstitucional de verbas salariais.	Art. 71, § 4º.	Art. 7º, IV, da Constituição. Art. 23, item 3, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.
Flexibilização inconstitucional da negociação coletiva de trabalho.	Art. 611-A.	Art. 7º, da Constituição. Convenção 98 da OIT. Convenção 154 da OIT.
Flexibilização inconstitucional de medidas de proteção à saúde e segurança do trabalhador.	Art. 611 -A, I, II e 111.	Arts. 5º, § 2º, e 7º, XXII, da Constituição.

Ante todo o exposto a respeito da hierarquia jurídica dos tratados internacionais, dos tratados internacionais de direitos humanos e dos tratados internacionais de direitos humanos trabalhistas, nos é permitido, e, talvez, até esperado, questionar a validade de uma lei que, de maneira flagrante, desrespeita vários dos diplomas internacionais dos quais o Estado brasileiro é signatário, a Constituição e o próprio ideal de garantia e proteção dos direitos da pessoa humana.

5- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretendeu-se com o presente trabalho discorrer sobre as diferentes teorias e maneiras desenvolvidas pela Doutrina Especializada na pretensão de sanar as antinomias ou conflitos normativos existentes entre as normas de Direito interno de cada país e as normas de Direito Internacional advindas, principalmente dos tratados, dos quais aqueles são signatários.

Cuidou-se, inicialmente, de apresentar o conceito de Sociedade Internacional, bem como as teorias que contribuíram para o seu desenvolvimento. Primeiramente, discorreremos sobre a Escola Inglesa que fundamentou a existência da SI⁶⁸, considerando que esta seria caracterizada apenas pela existência de relações entre os Estados (entidades políticas).

Em seguida trouxemos as propostas dos Institucionalistas, para estes os atores internacionais (Estados e outras entidades não políticas) podem se relacionar por pura conveniência, visando apenas a defesa de interesses particulares, instituindo regras específicas entre os envolvidos para defesa de alguns valores.

Diferenciando os conceitos de Sociedade Internacional e de Comunidade Internacional, que embora mostrem-se conceitos similares não devem ser confundidos. Sendo a Comunidade Internacional caracterizada pela presença de vínculos espontâneos entre os envolvidos.

Ainda sobre o conceito de Comunidade Internacional, aduz Portela⁶⁹: “[...] fundamenta-se em vínculos espontâneos e de caráter subjetivo, envolvendo identidade e laços culturais, emocionais, históricos, sociais, religiosos e familiares comuns”.

Essa Sociedade Internacional, assim como as Sociedades Internas necessitam de regras para regulamentar suas relações, nesse sentido surgem os Tratados, como principais instrumentos jurídicos da SI.

A problemática do presente trabalho reside justamente na relação entre os Tratados de Direito Internacional e a legislação interna dos membros da Sociedade

⁶⁸ MENDONÇA, Bruno Macedo. *O Conceito De Sociedade Internacional Na Teoria Das Relações Internacionais Contemporânea*. UnB. 2012. p. 01.

⁶⁹ PORTELA. Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*, 6ª ed. Fortaleza. Ed. JUSPODIVM. 2014. p. 38.

Internacional. A doutrina aponta a existência de dois ordenamentos distintos (interno e internacional) que se relacionam a medida em que cada ente político adere, assina ou compactue com as normas de Direito Internacional.

Os Doutrinadores tentam solucionar a questão por meio de duas teorias, quais sejam: as teorias monista e dualista; a primeira concepção é liderada por Hans Kelsen e seus defensores afirmam a existência de um sistema jurídico unificado, onde o Direito interno seria parte do Direito Internacional e retiraria dele a validade de sua existência.

Para os adeptos dessa teoria, no caso de um conflito aparente de normas, o critério hierárquico seria utilizado para solucionar, qualquer antinomia existente entre as normas de Direito Internacional e do direito interno, isso por que as normas internacionais teriam natural prevalência sobre as normas internas, não havendo qualquer distinção se a norma doméstica trata de matéria constitucional ou de legislação ordinária.

Tal solução, simplista e utilitarista se mostra insuficiente diante do atual modelo do ordenamento jurídico, inclusive do ordenamento jurídico pátrio, que já possui uma hierarquia interna que insere as normas constitucionais como fonte de validade das demais normas, inclusive trazendo regras sobre a integração das normas dos Tratados Internacionais ao Ordenamento Jurídico Pátrio.

De outro modo, os defensores da teoria dualista colocam o Direito Internacional e Direito interno como sistemas jurídicos distintos e absolutamente independentes, não sendo, portanto, admitidos conflitos entre normas internacionais e internas.

Expostas as características das duas teorias, concluímos que nosso país herda aspectos tanto do monismo quanto do dualismo. Nesse sentido, os conflitos entre os tratados internacionais dos quais o país é signatário e as normas internas são resolvidos por meios dispostos na legislação interna (Constituição Federal).

Ou seja, a Constituição Federal reconhece a existência de um ordenamento jurídico externo, mas dispõe sobre as formas que as normas deste ordenamento se integrarão ao nosso, uma vez cumpridas essas regras, eles integrarão o ordenamento interno, com caráter ora de norma constitucional ora de caráter infraconstitucional.

Sendo assim, o Brasil, no sentido de reforçar a sua soberania, condiciona a aplicação dos tratados internacionais à sua compatibilidade com o Direito interno, nesse sentido podemos retirar os seguintes comandos:

- Na hipótese de um tratado entrar em conflito com norma constitucional, esta última prevalecerá, assim entende o STF;
- O status do ato internacional poderá variar conforme a matéria por ele regulada (Artigo 5º, §3º da CF/88);

Nota-se, portanto, que o direito pátrio traz regras, ainda que não muito claras para a doutrina consultada, sobre a integração das normas advindas dos Tratados Internacionais, inclusive a Corte Suprema do País (STF) tem posicionamento criticado pela doutrina nacional.

Conforme exposto anteriormente, para Valério de Oliveira Mazzuoli, o entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação a prevalência de norma do ordenamento interno sobre o disposto em Tratado Internacional é equivocado e impreciso, uma vez que criaria uma forma de driblar os acordos internacionais, para o mencionado autor, todos os tratados internacionais comuns – que não tratam de Direitos Humanos – teriam caráter supralegal.

Em seguida, trazemos no presente trabalho, situações práticas que exemplificam os conflitos existentes, contextualizando e sintetizando a problemática trazida, atentando ainda para o fato de ordenamento trazer soluções distintas para um problema aparentemente igual.

Primeiramente discorreremos sobre os Tratados de Matéria Tributária, o legislador nacional, assumindo uma posição monista, nos termos do Art. 98 do CTN, determina que a norma externa prevalecerá sobre a interna, Mazzuoli observa que, embora o texto fale em revogação, na prática ocorre sua derrogação, caracterizada pela suspensão de sua aplicabilidade.

Em relação aos Tratados de Direitos Humanos, devido a sua natural complexidade e importância, o tema foi elevado e sua solução se encontra na Constituição Federal, desse modo se adequando ao contexto internacional de proteção dos direitos humanos, a Constituição colocou a dignidade da pessoa

humana⁷⁰ e a prevalência dos direitos humanos⁷¹ como princípios fundamentais do nosso país, possibilitando uma aproximação entre o sistema jurídico nacional e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

No §2º do art. 5º da Constituição, infere-se o reconhecimento e a aceitação – dentro do sistema de direitos e garantias – de dupla fonte normativa, ou ainda, o reconhecimento de dois ordenamentos jurídicos que vigorariam sobre a mesma matéria dentro de um determinado território.

Além disso, encontramos no §3º do Artigo 5º da Constituição, regra ainda mais clara que traria uma solução mais definitiva, visando sanar qualquer dúvida ainda existente, a presente norma dispõe que, uma vez aprovados, segundo o quórum de Emendas Constitucionais, pelas duas casas do Congresso Nacional, os Tratados Internacionais que versarem sobre Direitos Humanos, passariam a ter status constitucional.

Desse modo, a norma externa integraria o ordenamento interno com “grau máximo de validade”, prevalecendo sobre as demais.

Persistindo, contudo, dúvida relativa aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos assinados antes da entrada em vigor do §3º do Artigo 5º da CF/88, nesse sentido, temos que todos os tratados internacionais de direitos humanos apresentam-se como materialmente constitucionais, tenham eles sido aprovados antes ou depois da EC nº45/2004.

Já os tratados posteriores à Emenda, para consagrarem-se como formalmente constitucionais devem ter sido aprovados dentro dos termos estabelecidos pelo §3º do art. 5º da Constituição, os posteriores, quando não aprovados segundo a ordem do dispositivo constitucional, teriam caráter supralegal, segundo posição defendida pelo STF.

O próximo tópico discorre sobre questão atual e de especial relevância, ante o momento político vivenciado.

Recentemente fora aprovada a Lei nº 13.467/2017, conhecida por Reforma Trabalhista, que alterou, retirou ou suprimiu uma série de Direitos dos trabalhadores brasileiros, em detrimento de diversos compromissos anteriormente firmados perante

⁷⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...].

⁷¹ “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos; [...].”

os Organismos Internacionais de proteção ao trabalho, como por exemplo as convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT.

Desse modo, parte da doutrina se posiciona no sentido de que os direitos individuais e sociais dos trabalhadores, na qualidade de direitos sociais, econômicos e culturais, encontram-se sob a proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos.⁷²

Ou seja, os compromissos pactuados pelo Brasil, por meio da adesão às convenções da OIT teriam status equivalente aos dos tratados de proteção dos direitos humanos, não aprovados na forma do §3º do Artigo 5º da Constituição, possuindo então caráter supralegal.

Sendo assim, Maurício Godinho Delgado e Gabriela Alves Delgado posicionam-se no sentido de que diversos pontos da Lei nº 13.467/2017 podem sofrer controle de constitucionalidade ou convencionalidade.

Assim, restou claro no presente trabalho que nosso ordenamento apresenta soluções diversas para resolução dos conflitos, objeto do presente trabalho, não adotando integralmente nenhuma das teorias apontadas pela doutrina (monismo e dualismo), mas herda características de ambas.

Ficando clara, ainda, a existência de dois ordenamentos jurídicos distintos que se relacionam de acordo com a conveniência dos chefes de Estado ou dos objetivos almejados por cada ente internacional.

⁷² DELGADO, Mauricio Godinho. & DELGADO, Gabriela Neves. Op. Cit. p. 67.

6- REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 27.01.2018

_____. LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm> Acesso em: 28.01.2018

_____. DECRETO Nº 7.030, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2009. *Convenção de Viena Sobre o Direito os Tratados*. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/legislacao/convencao-de-viena-sobre-o-direito-dos-tratados-1/>> Acesso em: 28.01.2018

BULL, Hedley. *The Anarchical Society – A Study of Order in World Politics*. 3ª ed. Pelgrave. New York. 2002.

BUZAN, Barry. *From International to World Society? English School Theory and the social structure of globalization*. Cambridge (UK): Cambridge University, 2004 **apud** MENDONÇA, Bruno Macedo. *O Conceito De Sociedade Internacional Na Teoria Das Relações Internacionais Contemporânea*. UnB. 2012.

CALIENDO, Paulo. *Estabelecimentos Permanentes Em Direito Tributário Internacional*. São Paulo: RT, 2005. **apud** MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso De Direito Internacional Público*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2015.

DE SOUZA, Igor Abdalla Medina. *Dom Quixote reencontra Sancho Pança Relações Internacionais e Direito Internacional antes, durante e depois da Guerra Fria*. PUC-Rio. 2005.

DELGADO, Mauricio Godinho. & DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista No Brasil – Com Os Comentários À Lei N. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

KELSEN, Hans. *Principles of International Law*, Ed. Robert W. Tucker, 1966 **apud** BINENBOJM, Gustavo. *Monismo e Dualismo no Brasil: Uma Dicotomia Afinal Irrelevante*. Revista da EMERJ, v.3, n.9, 2000.

KEOHANE, Robert. O. & NYE, Joseph. S.. *Power and Interdependence*. New York: Addison- Wesley-Longman, 2001 **apud** MENDONÇA, Bruno Macedo. O Conceito De Sociedade Internacional Na Teoria Das Relações Internacionais Contemporânea. UnB. 2012.

MAZZUOLI. Valério de Oliveira. *Curso De Direito Internacional Público*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2015.

MENDONÇA, Bruno Macedo. O Conceito De Sociedade Internacional Na Teoria Das Relações Internacionais Contemporânea. UnB. 2012.

MOREIRA, Renan Montenegro. *Incorporação Dos Tratados Internacionais De Direitos Humanos Ao Ordenamento Jurídico Brasileiro*. 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016 **apud** DELGADO, Mauricio Godinho. & DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista No Brasil – Com Os Comentários À Lei N. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*, 6ª ed. Fortaleza, Editora JUSPODIVM, 2014.

_____. *Direito Internacional Público e Privado*, 7ª ed. Salvador, Editora JUSPODIVM, 2015.

RIVERA SANTIVANEZ, José Antonio. *Tribunal Constitucional Y Protección De Los Derechos Humanos*. Sucre: Tribunal Constitucional, 2004. **apud** MAZZUOLI. Valério de Oliveira. *Curso De Direito Internacional Público*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2015.

ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public*, v. I, Dalloz, 1970 **apud** BINENBOJM, Gustavo. *Monismo e Dualismo no Brasil: Uma Dicotomia Afinal Irrelevante*. Revista da EMERJ, v.3, n.9, 2000.

SOUZA, Emerson Maione. *A Escola Inglesa de Relações Internacionais e o Direito Internacional*. Mural Internacional. 2013.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 1480 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/1997, DJ 18-05-2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000018406&base=baseAcordaos>> Acesso em: 07.02.2018

STF. RECURSO ESPECIAL : REsp 349703-1/RS, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJ 05/06/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>> Acesso em: 07.02.2018

STF. RECURSO ESPECIAL : REsp 466.343-1/SP, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado 03/12/2008, DJ em 05/06/2009. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716540/recurso-extraordinario-re-466343-sp>> Acesso em: 07.12.2018

STF. RECURSO ESPECIAL : REsp 80.004-SE/77 **apud** MAZZUOLI. Valério de Oliveira. *Curso De Direito Internacional Público*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2015.

WIGHT, Martin. *A Política do Poder*. Traduzido por Carlos Sérgio Duarte. 2ª ed. Ed. UnB. São Paulo. 2002.