

## O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A RELAÇÃO ENTRE DIREITO INTERNO E DIREITO INTERNACIONAL

*Lais Maranhão Santos Mendonça*<sup>164</sup>

RESUMO : A atuação dos tribunais é um importante indicativo do comprometimento dos Estados com o cumprimento de normas internacionais. É através da análise dessa atividade que é possível verificar a aplicabilidade das normas internacionais no âmbito interno de cada Estado. Como a coercitividade dos órgãos internacionais depara-se com o obstáculo da soberania nacional, é imprescindível que os próprios órgãos nacionais sejam atuantes no sentido de possibilitar que as normas internacionais sejam eficazes. Portanto, nesta pesquisa buscou-se analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal para obter um indicativo sobre a aplicabilidade dos tratados internacionais pelo Estado brasileiro. Assim, analisando a jurisprudência do STF em diversos contextos históricos, especialmente o entendimento do tribunal sobre a hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, é possível observar a importância das normas internacionais para o Estado brasileiro.

PALAVRAS CHAVE : Direito internacional, direito interno, hierarquia, tratados.

ABSTRACT : The courts' performance is an important indicator of the commitment of States with international standards. It is through the analysis of this activity that you can check the applicability of international standards in the law of each state. As the coercivity of international organizations faces the obstacle of national sovereignty, it is important that national authorities themselves act in order to make international standards became effective. Therefore, this research's purpose is review the performance of the Supreme Court to get an indication on the applicability of international treaties by the Brazilian state. Thus, the review of the Supreme Court's decisions, especially the court's understanding about the hierarchy of international treaties in the Brazilian legal system, show the importance of international standards for the

---

<sup>164</sup> Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília. Trabalho desenvolvido no Programa de Iniciação Científica, Edital 2008-2009.

Brazilian State.

KEY WORDS : International Law, National Law,

## 1. Introdução

O Direito Internacional, apesar de ter se desenvolvido na regulação das relações entre Estados e até mesmo através da institucionalização de organizações e tribunais internacionais, ainda é bastante incipiente no que tange à aplicação de suas normas. É imprescindível que os Estados sejam atuantes no sentido de conferir eficácia a essas normas internacionais da mesma forma com que se empenham para que sejam cumpridas as normas internas.

Assim, ainda que não sejam os únicos sujeitos da ordem jurídica internacional<sup>165</sup>, é através dos Estados, por meios de sua estrutura interna que se efetiva a aplicação das normas internacionais como um todo. É somente dessa forma que é possível conferir efetividade ao direito internacional, possibilitando que os próprios cidadãos tornem-se sujeitos de Direito Internacional, deixando de restringir a abrangência dessas normas aos Estados como entidades políticas abstratas desvinculadas de seu povo.

Em uma análise esquemática da atuação interna dos Estados necessária para conferir eficácia aos tratados internacionais, entende-se que o poder Legislativo elabora as normas internas para cumprir compromissos internacionais, o poder Executivo realiza políticas públicas para aplicar as referidas normas, enquanto o poder Judiciário assegura que essas normas sejam aplicadas e evita que haja lesões a direitos protegidos internacionalmente.

A atuação dos tribunais com relação à aplicabilidade das normas internacionais é um indicativo, provavelmente o mais direto

---

<sup>165</sup> Neste trabalho adota-se a concepção de que as organizações internacionais e os cidadãos, ainda que individualmente, são sujeitos para o Direito Internacional.

e de mais fácil análise, do comprometimento do Estado para com as normas internacionais. Enquanto as normas elaboradas pelo Legislativo, ainda que referentes ao mesmo tema de um tratado, não demonstram relações diretas e expressas com suas motivações, devido ao próprio processo político precedente e as conseqüências advindas de políticas públicas são inviáveis de serem analisadas em um curto espaço de tempo, a atuação do Poder Judiciário se apresenta como uma fonte mais direta para análise.

É a jurisprudência que possibilita verificar se os tratados internacionais são realmente aplicados juridicamente em determinado Estado e qual o status que ocupam em seu ordenamento jurídico. Através da análise do texto constitucional é possível identificar apenas a tendência com relação ao tratamento dispensado às normas internacionais, inicialmente pela evidente razão de que as normas (inclusive, e principalmente, as Constituições) precisam ser interpretadas (sendo seus intérpretes mais freqüentes os tribunais) e também porque a previsão constitucional não garante a aplicabilidade das normas constitucionais.

Dessa forma, como a análise qualitativa da jurisprudência de todo o judiciário brasileiro é inviável em um estudo restrito, a escolha de limitar a pesquisa à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) justifica-se pela função desse tribunal no ordenamento jurídico brasileiro, que é, principalmente, o julgamento sobre questões constitucionais. Além disso, por ser um tribunal nacional, cujas decisões finais são irrecuráveis, pugna também pela unificação da jurisprudência nacional. Assim, é possível observar a relação entre as normas de direito internacional e a Constituição Federal, especialmente no âmbito da hierarquia ocupada por essas normas no ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, o grau de aplicabilidade e a importância que representam para o Estado Brasileiro.

O objeto da pesquisa foi, portanto, a jurisprudência do STF restrita aos acórdãos publicados, disponíveis no endereço eletrônico

do tribunal<sup>166</sup>. Os acórdãos foram buscados a partir de diversos argumentos de pesquisa, até que se chegasse a um argumento final, na tentativa de que esse englobasse o maior número possível de acórdãos sobre os temas específicos pesquisados. Apesar de a pesquisa estar restrita à observação da jurisprudência sobre a hierarquia das normas internacionais, no decorrer de seu desenvolvimento foram identificados vários temas relacionados aos diversos tipos de tratados internacionais, o que tornou necessária a busca de argumentos finais para a pesquisa de acordo com a matéria abordada por cada tipo de tratado.

Devido ao reduzido número de acórdãos relacionados a alguns temas e à repetição das ementas indicando o mesmo julgamento de determinadas questões, chegou-se aos acórdãos que permitiram a realização de uma pesquisa qualitativa e não quantitativa dos dados. Optou-se pela abordagem qualitativa, ou seja, de análise dos argumentos apresentados pelos julgadores em relação a cada tema.

Cumprir explicar, ainda, que a pesquisa divide-se em três partes principais. Inicia-se por uma breve exposição dos conceitos utilizados para o entendimento do objeto em estudo e das concepções adotadas no trabalho, para que se torne mais clara a delimitação do objeto, a forma com que foi desenvolvida a pesquisa e as premissas orientadoras.

A segunda parte deste artigo refere-se ao próprio desenvolvimento da pesquisa, à observação dos dados obtidos e as conclusões parciais que foram obtidas através desses dados. Nessa abordagem, conforme mencionado anteriormente, a exposição dos resultados da pesquisa foi dividida de acordo com os temas relacionados aos tipos de tratados pesquisados, de acordo com cada argumento utilizado no endereço eletrônico do STF.

A terceira parte do artigo destina-se à demonstração das conclusões obtidas de forma geral sobre a jurisprudência do STF

---

<sup>166</sup> Endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

com relação à hierarquia ocupada pelas normas de direito internacional no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, é importante salientar que a pesquisa teve como referenciais os conceitos desenvolvidos por Hans Kelsen,<sup>167</sup> com relação à ordem jurídica internacional, os trabalhos realizados por Antonio Cassese,<sup>168</sup> que estabelecem a relação entre processo de democratização e a abertura dos Estados à aplicação do Direito Internacional, analisando principalmente as constituições, e aqueles realizados por Jacob Dolinger, relacionados mais intrinsecamente com a realidade brasileira e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.<sup>169</sup>

## 2. Teorias monista e dualista

A relação entre Direito Internacional e Direito Interno<sup>170</sup> é explicada doutrinariamente por duas teorias adotadas pelos internacionalistas: o dualismo e o monismo. Os adeptos da teoria dualista entendem que os ordenamentos jurídicos nacional e internacional compõem dois sistemas diversos e independentes entre si. Assim, as fontes e normas dos dois sistemas não se influenciam reciprocamente, atuam como se regessem conjuntos de situações jurídicas diferentes, pois têm sua validade conferida por

---

<sup>167</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>168</sup> CASSESE, Antonio. Modern Constitutions and International Law. . In **Recueil des Cours**, 1985, p. 335-475.

<sup>169</sup> DOLINGER, Jacob. As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: um Exercício do Eclétismo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, 1996.

<sup>170</sup> Entende-se por Direito Interno as normas produzidas pelos próprios órgãos internos dos Estados, em oposição ao Direito Internacional. A adoção de denominações diferentes para esses dois conjuntos de normas não implica a adoção de uma concepção dualista, trata-se apenas de uma técnica para facilitar a explicação dos conceitos e teorias adotados.

normas fundamentais diversas.<sup>171</sup>

A teoria monista, cuja definição científica definitiva foi feita por Kelsen, concebe os dois tipos de normas, internacional e nacional, como integrantes de um mesmo sistema jurídico, sendo que sua forma radical (adotada por Kelsen) defere às normas internacionais supremacia com relação às normas nacionais. Assim, as normas produzidas por órgãos internos dos Estados teriam sua validade conferida pelas normas internacionais, não sendo permitida a aplicação de normas internas com conteúdo conflitante aos das normas internacionais. As normas estatais e internacionais deveriam compor um único sistema jurídico, cujas normas seriam validadas por uma única norma fundamental.

A segunda escola da teoria monista (moderada), defendida por Verdross<sup>172</sup>, entende que a validade das normas nacionais independe das normas internacionais, possuindo os dois tipos normativos a mesma hierarquia no ordenamento jurídico (que seria único), sendo aplicadas de acordo com o critério da antiguidade.<sup>173</sup> Existe ainda a terceira escola da teoria monista, que defende o primado das normas de direito estatal.

Conforme a doutrina kelseniana, a teoria dualista não se sustentaria dentro de uma concepção científica do Direito, uma vez que, se considerarmos que as normas internacionais são normas válidas juridicamente, essas não poderiam compor um sistema diverso das normas de direito estatal. As várias normas existentes devem compor um só sistema para estarem incluídas na categoria de “norma válida”. Assim, para que isso ocorra, é estritamente

---

<sup>171</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 364.

<sup>172</sup> VERDROSS, Alfred. **Derecho Internacional Publico**. Madrid: Aguilar, 1974; TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Verdross et la théorie du droit* in **European Journal of International Law**, Vol. 6, nº 1 (1995).

<sup>173</sup> O critério da antiguidade (*Lex posterior derogat priori*) é aplicado a normas que possuem a mesma hierarquia, sendo que a norma mais atual é aplicada em detrimento da norma mais antiga.

necessário que essas normas se relacionem entre si, independentemente de terem origem em órgãos e processos de criação diferentes.

Com relação à vertente da teoria monista adotada, entende-se que a terceira escola acima referida se confunde com a teoria dualista, pois sendo as normas de direito estatal hierarquicamente superiores às normas de direito internacional, ou não existiria ordem jurídica internacional, ou existiriam sistemas jurídicos diferentes, sendo que as normas de direito internacional não teriam validade no âmbito interno dos Estados. Considerando que, do ponto de vista da ciência do direito a teoria dualista não merece prosperar, conforme explicitado anteriormente, estende-se o mesmo entendimento à teoria monista com primado do direito interno.

A maioria da doutrina brasileira adota a teoria monista, dividindo-se entre monistas radicais <sup>174</sup> (supremacia do direito internacional sobre o direito interno) e moderados <sup>175</sup> (igualdade de hierarquia, mas supremacia da Constituição). Os internacionalistas pugnam pela adoção do monismo radical. Entretanto, a aplicabilidade dos tratados internacionais somente pode ser verificada através da atuação dos Poderes internos dos Estados, entre eles o Judiciário.

A Constituição Federal de 1988 não possui um tratamento extenso sobre a aplicação dos tratados internacionais e não chega a tratar diretamente da hierarquia que esses ocupam no ordenamento jurídico brasileiro. A constituição menciona pela primeira vez os tratados internacionais em seu art. 5º, § 2º<sup>176</sup> ao instituir que o rol de direitos e garantias expressos pode ser

---

<sup>174</sup> Autores como Flávia Piovesan e Luis Flávio Gomes.

<sup>175</sup> Autores como José Francisco Resek.

<sup>176</sup> Constituição Federal de 1988, art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

aumentado por outros previstos em tratados internacionais.

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 45 incluiu o § 3º no art. 5º,<sup>177</sup> instituindo que os tratados e convenções de direitos humanos que fossem aprovados com quórum qualificado nas duas Casas do Congresso Nacional teriam status de emenda à Constituição.

Existe ainda a previsão constitucional das competências exclusivas do Congresso Nacional, dentre as quais está a de resolver sobre os tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem compromissos ao patrimônio nacional.<sup>178</sup> Já dentre as competências exclusivas do Presidente da República está a de celebrar tratados, convenções e atos internacionais como chefe de Estado.<sup>179</sup>

Com relação à competência dos tribunais superiores, a Constituição de 1988 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal, cuja função principal é a “guarda da Constituição”, a competência de julgar em recurso extraordinário as causas em última instância quando for declarada a inconstitucionalidade de tratado internacional ou lei federal.<sup>180</sup> Ao Superior Tribunal de Justiça foi atribuída a competência de julgar em sede de recurso especial as decisões que neguem vigência a tratados e leis federais.<sup>181</sup>

Portanto, a adoção da versão moderada ou radical da teoria monista pelo STF determinará a forma com que serão interpretadas

---

<sup>177</sup> Constituição Federal de 1988, art. 5º, § 3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

<sup>178</sup> Constituição, art. 49, I: “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

<sup>179</sup> Constituição, art. 84, VIII: “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;”

<sup>180</sup> Constituição, art. 102, III, b: “declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;”

<sup>181</sup> Constituição, art. 105, III, a: “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;”

as referidas disposições constitucionais sobre os tratados internacionais, determinando, assim, a maneira com que serão aplicadas tais normas e sua hierarquia no ordenamento jurídico brasileiro.

A influência das teorias jurídicas na aplicabilidade das normas é imensa, de forma que não existe aplicação de normas sem interpretação intermediada pelas teorias jurídicas. Então, a adoção da teoria monista moderada ou radical decorrem diretamente da concepção que os juristas têm da importância da ordem internacional e refletem, diretamente, o engajamento do Judiciário com cumprimento dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro através de tratados e convenções internacionais.

É importante, entretanto, demonstrar as dificuldades que o contexto atual oferece para a adoção de qualquer das duas formas da teoria monista pelo STF. No atual contexto do constitucionalismo, o dogma da ciência do Direito é a supremacia da Constituição, entendida como norma fundamental de qualquer ordenamento jurídico estatal. Assim, a aplicação do monismo radical esbarraria nesse dogma, ao pugnar pela aplicação do direito internacional, considerando que a norma fundamental do sistema jurídico seria de direito internacional.

Por outro lado, cada vez mais se intensifica a interdependência entre os Estados, seja devido a trocas comerciais, a questões ambientais, a existência e fortalecimento de organizações internacionais. Dessa forma, há espaço para a adoção da teoria monista moderada na forma em que foi concebida no Brasil, com a defesa da igualdade de hierarquia entre normas internacionais e leis?

Os referidos questionamentos serão abordados novamente na conclusão da pesquisa, porém, seu objeto principal é demonstrar qual a posição do STF com relação a essas duas teorias. Primeiramente, é importante explicar que, de acordo com a coleta de dados realizada, percebe-se que não há uniformidade na jurisprudência do referido tribunal. Não é possível identificar uma

só posição ou argumentos que apontem para um tratamento uniforme da definição da hierarquia das normas de direito internacional no ordenamento jurídico brasileiro.

A jurisprudência do STF adota critérios diferentes para a resolução de conflitos entre leis e tratados, a depender do tipo do tratado de que trata a decisão e da matéria a que esse se refere. Por isso, o presente relatório irá abordar separadamente os diversos tipos de tratados e a posição jurisprudencial sobre sua hierarquia jurídica. Os tipos de tratados serão classificados e apresentados da seguinte forma: direito tributário, direito comercial, extradição e direitos humanos.

### 3. Direito Tributário

A doutrina brasileira que se debruçou sobre o problema da hierarquia dos tratados de direito internacional no ordenamento jurídico brasileiro, analisando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, considera o acórdão proferido no julgamento do recurso extraordinário nº 80.004, de 1977<sup>182</sup> como decisão paradigma, que alterou todo o entendimento do STF sobre o tema. Considera-se que a partir dessa decisão, a jurisprudência brasileira passou a adotar a posição de que os tratados internacionais possuíam a mesma hierarquia de lei. Preleciona essa doutrina que, anteriormente, o STF adotava o primado do direito internacional sobre o direito interno em suas decisões. O RE 80.004/SE versava sobre o conflito entre o Decreto-Lei nº 427/69 e a Convenção de Genebra, que aprovou a Lei Uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias.

O Direito Tributário brasileiro convive com o conflito entre as leis e os tratados internacionais desde antes mesmo do advento do Código Tributário Nacional, de 25 de outubro de 1966. Em seu art. 98, quando trata de suas disposições gerais, o CTN dispõe que

---

<sup>182</sup> STJ, RE 80.004/SE, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, Tribunal Pleno, DJ 29.12.1977, p. 9433.

os tratados e as convenções internacionais têm o poder de revogar ou modificar a legislação tributária interna e que serão observados pela legislação que lhes sobrevier.<sup>183</sup> Dessa forma, o próprio sistema do direito tributário já adotava naturalmente a existência de normas internacionais como parte da regulação da instituição de isenção de impostos no Brasil.

Ocorre que, a despeito da regulamentação do próprio CTN, as decisões do STF em matéria de direito tributário não consideram exatamente que os tratados internacionais têm o condão de revogar ou modificar a legislação interna, ou seja, que possuem hierarquia superior a das leis. A despeito do que dispõe a doutrina nacional sobre o assunto, antes mesmo do advento da decisão paradigma do RE 80.004/SE, já existiam decisões que aplicam o princípio da especialidade para dirimir os conflitos entre as leis internas e os tratados internacionais, especialmente em se tratando de tratados bilaterais. É o caso da decisão proferida na apelação cível n.º 9.583, de 1950<sup>184</sup> que dispôs que o tratado é lei especial, cuja aplicação não deve estar subordinada à lei geral de cada Estado. No mesmo sentido estão as decisões dos acórdãos da apelação cível n.º 9.593,<sup>185</sup> de 1953, e da apelação cível n.º 9.594,<sup>186</sup> de 1954.

Dessa forma, observa-se que o critério utilizado para dirimir tais conflitos normativos não é o da hierarquia dos tratados internacionais, mas de sua especialidade perante as normas internas, uma vez que os tratados referidos nas decisões são bilaterais, dispondo, portanto, sobre isenções de impostos

---

<sup>183</sup> CTN, art. 98: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.”

<sup>184</sup> STJ, ACi 9.583, Rel. Min. Lafayette de Andrada, Segunda Turma, ADJ 13.10.1950, p. 3403.

<sup>185</sup> STJ, ACi 9.593, Rel. Min. Luiz Gallotti, Primeira Turma, ADJ 5.10.1953, p. 2934.

<sup>186</sup> STJ, ACi 9.594, Rel. Min. Afrânio Costa, Segunda Turma, ADJ 5.11.1956, p. 2002.

específicas sobre produtos originados do Estado contratante. O critério da especialidade, porém, só é utilizado em conflitos de normas de hierarquia idêntica, uma vez que esse critério não derroga lei de hierarquia superior, ainda que essa seja geral em face da de hierarquia inferior. É o que ocorre com as leis infraconstitucionais, que não são capazes de derrogar os preceitos da Constituição Federal ainda que sejam mais específicas, se com eles estiverem em contradição.

Outro importante argumento que deve ser observado nessas decisões é o caráter bilateral e contratual do tratado internacional. Considerando que a função do tratado internacional contratual, especialmente em matéria de direito tributário, é o estabelecimento de um negócio jurídico entre os dois Estados contratantes, mais do que estabelecer uma norma jurídica, esses advém de atos que geram obrigações recíprocas entre os Estados. A identificação do não-cumprimento de um tratado contratual bilateral é facilitada, pois independe da atuação de órgãos internacionais, sendo os próprios contratantes prejudicados diretamente pelo descumprimento. Nesse sentido foi o argumento apresentado pelo Min. Mário Guimarães quando da prolação do voto no acórdão da ACi 9.593:

“Outro critério, porém, há de ser adotado se a dispensa de impostos é feita por via de um contrato sinalagmático em que ambas as partes são renunciantes, em que ambas as partes são as beneficiárias. Então, como em todo contrato, se há de ter em vista o interesse econômico que presidiu a sua elaboração. E esse interesse econômico, na hipótese, foi comum aos dois Estados. Foi a conveniência de comércio recíproco entre povos vizinhos, para que um suprisse as deficiências da produção do outro. Qualquer entrave que se crie será um recuo no solene compromisso que o Brasil assumiu.”<sup>187</sup>

---

<sup>187</sup> STJ, ACi 9.593, Rel. Min. Luiz Gallotti, Primeira Turma, ADJ 5.10.1953, p. 2934.

Com relação a decisões posteriores ao RE 80.004/SE, essas mantêm o mesmo sentido dos acórdãos acima referidos, aplicando-se os tratados internacionais por sua prevalência em matéria tributária, por sua especificidade. Nesse sentido é o acórdão do recurso extraordinário n.º 105606/RJ.<sup>188</sup>

Em decisão recente no recurso extraordinário 229.096-0/RS,<sup>189</sup> sob a égide da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a recepção dos tratados internacionais que estabelecem isenção de tributos estaduais, em virtude da vedação constitucional da isenção heterônoma.<sup>190</sup> Finalmente, decidiu-se que as isenções fiscais dispostas nos tratados internacionais seriam válidas também para os tributos estaduais, uma vez que somente a República Federativa, entidade distinta da União, é que poderia firmar tratados internacionais. Esses tratados seriam aplicados em toda a base territorial do Estado brasileiro em virtude do que dispõe o art. 98 do CTN, que foi recepcionado como Lei Complementar pela Constituição de 1988, e, por isso, tem vigência em todo o território nacional.

Finalmente, observou-se que a jurisprudência do STF relacionada à aplicação de tratados internacionais de matéria tributária não foi alterada de forma significativa com o advento do RE 80.004. Os tratados internacionais eram aplicados em decorrência do princípio da especialidade, desde a década de 1950, o que indica que, pelo menos, não era unânime a adoção da hierarquia superior dos tratados internacionais.

Observa-se também o fato de que o Direito Tributário sempre conviveu com a necessidade de aplicação de tratados

---

<sup>188</sup> STJ, RE 105606/RJ, Rel. Min. Rafael Mayer, Primeira Turma, DJ 13.12.1985, p. 23211.

<sup>189</sup> STJ, RE 229.096-0/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJE 11.4.2008.

<sup>190</sup> Constituição, art. 151: “É vedado à União: III – instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.”

internacionais, principalmente em matéria de isenção de impostos, o que influenciou a legislação do CTN. Atualmente, ainda corrobora essa mesma posição, a jurisprudência que defende a aplicação dos tratados internacionais sobre as leis estaduais, mesmo com a vedação da isenção heterônoma, em virtude de o CTN ter sido recepcionado como Lei Complementar, tendo vigência em todo o território nacional.

#### 4. Direito Comercial

Nesta pesquisa, entre os tratados internacionais de direito comercial estão incluídos aqueles que estabeleceram normas entre vários Estados para facilitar as relações comerciais mundiais, tais como as Leis Uniformes em matéria de Letras de Câmbio, Notas Promissórias e Cheques, aprovadas pelas Convenções de Genebra. Diferenciam-se, dessa forma, dos tratados de direito tributário aqui considerados, tratados contratuais, em sua maioria bilaterais, que acordam isenções tributárias específicas para os Estados contratantes.

Como mencionado anteriormente, o acórdão proferido no RE 80.004 é considerado como decisão paradigma que modificou o entendimento do Supremo Tribunal Federal com relação à hierarquia assumida pelos tratados de direito internacional no ordenamento jurídico brasileiro. É necessário, portanto, entender o contexto em que se deu tal decisão.

Antes do julgamento do RE 80.004, a jurisprudência do STF aplicava as Convenções de Genebra mesmo existindo leis internas em contraposição aos tratados. As leis anteriores sobre letras de câmbio, notas promissórias e cheques haviam entrado em vigor em 1908 e 1912, enquanto que as Convenções de Genebra foram aprovadas pelo Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo n.º 54 de 1964 e promulgadas pelo Decreto n.º 57.595, de 1966. As decisões proferidas nesse contexto aplicavam os tratados

internacionais posteriores às leis internas.<sup>191</sup>

Ocorre que a aplicação das Convenções de Genebra nesse contexto pela jurisprudência do STF não indica a adoção incontestada da posição de que os tratados internacionais têm hierarquia superior às leis internas. As normas das convenções poderiam derrogar as leis brasileiras de 1908 e 1912, por se tratarem de normas posteriores às leis, o que não indica, necessariamente, que fosse admitida sua superioridade hierárquica.

O RE 80.004 surgiu em um contexto diverso. Nova norma interna surgiu para regular a disciplina das notas promissórias e das letras de câmbio, que já eram regulamentadas pelas Convenções de Genebra e pelas leis anteriores de 1908 e 1912. O Decreto-Lei n.º 427 de 22 de janeiro de 1969.<sup>192</sup> O novo contexto exigiu uma posição do STF mais diretamente relacionada à definição da hierarquia dos tratados internacionais em relação às leis. Como não se tratava mais de tratado posterior à lei, como nas decisões anteriores, seria necessário definir se a nova lei poderia afastar a aplicabilidade das Convenções de Genebra.

Os argumentos apresentados no RE 80.004, do ponto de vista doutrinário, não demonstram uma uniformização no entendimento dos ministros, uma vez que as opiniões sobre a hierarquia entre tratados e leis estavam divididas. Inicialmente, o Ministro Relator Xavier de Albuquerque defendeu o primado do Direito Internacional sobre as leis internas, adotando o monismo radical. O Min. Leitão de Abreu também entendia que a lei posterior não poderia revogar tratado, mas que poderia “apenas” afastar a aplicação do tratado no caso concreto. O Min. Antônio Neder

---

<sup>191</sup> STJ, RE 71.154/PR, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, Tribunal Pleno, DJ 27.8.1971; RE 76.236, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, Tribunal Pleno, DJ 5.11.1973; RE 75.252/PR, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, Segunda Turma, DJ 7.12.1973.

<sup>192</sup> DOLINGER, Jacob. As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: um Exercício do Ecletismo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 94.

também opinou por assegurar a vigência do tratado internacional,<sup>193</sup> mas entendeu que a convenção ressaltava o direito interno das partes, motivo pelo qual opinou pela aplicação do Decreto-Lei n.º 427/69. O Min. Eloy da Rocha entendeu que “lei ordinária não pode revogar norma constante das mesmas Convenções”, mas votou com a maioria por perceber que não havia conflito a ser dirimido entre as duas normas.

Em sentido oposto, os Ministros Cunha Peixoto, Cordeiro Guerra, Rodrigues Alckmin e Thompson Flores defenderam que o tratado foi incorporado ao direito brasileiro, mas que não se sobrepõe à lei que, tendo entrado em vigor posteriormente, deveria ser aplicada no caso concreto. Assim, apesar de divididas as opiniões dos ministros, o relator foi vencido por 7 a 1, em virtude das peculiaridades do caso, não necessariamente por ter vencida sua tese de que a lei posterior não poderia revogar o tratado internacional.

Portanto, o referido acórdão não significou uma alteração paradigmática na jurisprudência do STF, principalmente por ter sido proferido em um contexto totalmente diferente das decisões anteriormente relatadas. Antes o STF não havia sido colocado diante de um caso em que tivesse que decidir sobre a hierarquia das Convenções de Genebra, já que essas eram posteriores às leis internas, derrogando-as independentemente de terem hierarquia superior ou igual (as leis apenas não seriam derrogadas se as Convenções tivessem hierarquia inferior, naquele contexto).

Na época em que ocorreu o julgamento do RE 80.004, havendo nova lei interna, a hierarquia das Convenções deveria ser necessariamente definida, para que se decidisse qual norma seria

---

<sup>193</sup> STJ, RE 80.004/SE, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, Tribunal Pleno, DJ 29.12.1977, p. 1006: “*Vê-se que o Supremo Tribunal está diante de uma norma de direito internacional que, redigida no longínquo dia 7.6.1930, se tornou indiscutivelmente antiquada ou inatual em certo pormenor do seu contexto, razão bastante para impor à Corte que atualize o sentido por ela manifestado, a fim de lhe assegurar pela vigência*”.

aplicada. Votou-se pela aplicação da norma interna, o que não apresenta discrepância, no tocante à abordagem teórica, das decisões anteriores – ambas poderiam refletir a adoção do STF pela teoria monista moderada (leis e tratados com hierarquia igual), apenas com uma alteração no resultado em virtude da mudança do contexto.

Por fim, deve-se observar que não se pode concluir indubitavelmente que o STF já adotou a teoria monista radical, com a prevalência do direito internacional sobre as leis internas. Com relação aos tratados de matéria comercial, especialmente as Convenções de Genebra, de acordo com as decisões observadas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal apenas aplicou o critério da antiguidade para dirimir os conflitos normativos. Isso poderia indicar uma opção pela internalização dos tratados de direito internacional em matéria tributária com hierarquia idêntica a das leis, para que pudesse ser aplicado o critério *lex posterior derogat lege priori*.

## 5. Extradicação

A extradicação é uma forma de relação pacífica entre os Estados. Resumidamente, se define como um ato de um Estado que entrega um indivíduo a pedido de outro Estado, em cujo território o extraditando deva responder a processo penal ou cumprir pena. No Brasil, a legalidade da extradicação é auferida pelo STF, de acordo com o disposto no art. 102, I *g* da Constituição Federal.<sup>194</sup>

O Estatuto do Estrangeiro, Lei n.º 6.815 de 1980, dispõe que “a extradicação poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade”.<sup>195</sup> O Supremo Tribunal Federal, portanto, só admite

---

<sup>194</sup> Constituição, art. 102, I, g: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: processar e julgar, originalmente:

(...)

g) a extradicação solicitada por Estado estrangeiro;”

<sup>195</sup> Lei n.º 6.815, art. 76.

a legalidade da extradição quando existe tratado internacional entre o Brasil e o Estado requerente ou quando existe o compromisso do requerente de conceder a extradição quando requerida pelo Brasil. Essa posição jurisprudencial não sofreu variações significativas no decorrer da história do tribunal, provavelmente porque o próprio instituto da extradição mantenha-se com a mesma forma nos diversos contextos históricos.

Com relação ao conflito entre os tratados internacionais de extradição e as leis brasileiras sobre o assunto, não foi identificada nenhuma variação significativa na jurisprudência do STF. Quando há conflito entre tratado de extradição firmado entre o Brasil e o Estado requerente, são aplicados os dispositivos do tratado, por ser norma especial em relação à lei brasileira. Nesse sentido são os acórdãos do STF nos julgados do *habeas corpus* n.º 51977/DF<sup>196</sup> e do pedido de extradição n.º 194, cuja ementa dispõe da seguinte forma:

“Extradição: prisão preventiva: prazo para a formalização do pedido de extradição: divergência entre o art. 82, §§ 2º e 3º, da L. 6.815/80 - noventa dias contados da data em que efetivada a prisão preventiva - e o art. VI do Tratado Brasil- Argentina - quarenta e cinco dias, contados do recebimento do pedido de prisão preventiva, vencidos os quais "o detido será posto em liberdade": prevalência, no caso, do estipulado no acordo bilateral. 1. No sistema brasileiro, ratificado e promulgado, o tratado bilateral de extradição se incorpora, com força de lei especial, ao ordenamento jurídico interno, de tal modo que a cláusula que limita a prisão do extraditando ou determina a sua libertação, ao termo de certo prazo, cria direito individual em seu favor, contra o qual não é oponível disposição mais rigorosa da lei geral. 2. De qualquer modo, ainda quando se pudesse admitir, em questão de liberdade individual, que ao Estado requerente fosse dado invocar, ao invés do tratado

---

<sup>196</sup> STJ, HC 51.977/DF, Rel. Min. Thompson Flores, Tribunal Pleno, DJ 5.4.1974, p. 2127.

que o vincula ao Brasil, a norma a ele mais favorável da lei brasileira de extradição, só o poderia fazer mediante promessa específica de reciprocidade: ao contrário, pedida a prisão preventiva com base no Tratado, e somente nele, há de prevalecer o que nele se pactuou.”<sup>197</sup>

Observando que a própria lei brasileira, que regulamenta a extradição, estabelece como requisito para sua concessão a existência de tratado entre o Brasil e o Estado requerente ou uma promessa de reciprocidade, não haveria outra forma possível de decisão que não a de aplicar o tratado quando em conflito com a lei interna.

Ademais, o tratado internacional em matéria de extradição sempre será norma especial em relação ao Estatuto do Estrangeiro, uma vez que regula especificamente a relação entre os dois Estados. Observa-se, portanto, novamente a aplicação do princípio da especialidade para dirimir o conflito entre tratado e lei pela jurisprudência do STF, sem que seja identificada a superioridade hierárquica dos tratados em relação às leis, seja em jurisprudência recente ou de épocas remotas.

## 6. Direitos Humanos

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, fonte dos tratados internacionais sobre a matéria, é um campo recente do direito, surgido após a Segunda Guerra como forma de repudiar as práticas adotadas pelos regimes totalitários.<sup>198</sup> Seu marco inicial foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. O Brasil ratificou a maior parte dos tratados e convenções de proteção aos direitos humanos somente após o

---

<sup>197</sup> STJ, PPE 194 QO/AT – Argentina, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 4.4.1997, p. 10523.

<sup>198</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

advento da Constituição de 1988, com a redemocratização do Estado.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também não conhece, de acordo com a pesquisa realizada, a utilização da expressão “direitos humanos” em suas decisões antes da entrada em vigor da Constituição de 1988. Não se exclui a possibilidade de os direitos humanos, em seu conteúdo material, terem sido abordados pela jurisprudência do STF, mas é importante ressaltar que não sob a denominação de “direitos humanos”. É o que ocorre, por exemplo, no acórdão do *habeas corpus* n.º 46.118/DF,<sup>199</sup> marcadamente de conteúdo antidemocrático, proferido à época da ditadura militar, no qual foram suspensos os direitos políticos de indivíduos, sem sequer considerar se esses direitos comporiam também o que se denomina direitos humanos.

Somente a partir da Constituição de 1988 que a jurisprudência do STF passou a considerar a proteção dos direitos humanos, assim denominados, dos indivíduos, o que passou a ser um tema reiteradamente abordado pelo tribunal. Não poderia ser de outra forma, em virtude da prevalência que a Constituição deu à disciplina dos direitos e garantias fundamentais, estendendo seu rol também para os direitos contidos em tratados internacionais em que a República seja parte.<sup>200</sup>

Nos conflitos entre tratados de direitos humanos e legislação interna, inicialmente, a jurisprudência do STF foi mantida com relação à hierarquia igual das duas normas, ou seja, ainda que se tratasse de tratados de direitos humanos, esses seriam incorporados no ordenamento jurídico brasileiro com status de lei.

---

<sup>199</sup> STJ, HC 46.118/DF, Rel. Min. Barros Monteiro, Tribunal Pleno, DJ 27.2.1970.

<sup>200</sup> Constituição, art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Nesse sentido é o acórdão de 1995 proferido no HC n.º 72131/RJ,<sup>201</sup> que, por maioria de 7 a 4 votos, não concedeu a ordem ao depositário infiel com base na legislação ordinária e na permissão constitucional.<sup>202</sup>

Posteriormente, no julgamento do HC n.º 74.383/MG, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem em caso semelhante ao da jurisprudência acima citada, aplicando o Pacto de São José da Costa Rica que proíbe a prisão civil por dívidas. O órgão julgador estava dividido, tendo a decisão gerado empate entre os argumentos relacionados à aplicação do tratado. O Min. Marco Aurélio assim se posicionou sobre a questão e sobre a jurisprudência do tribunal:

“A par desse enfoque, e para mim seria bastante o teor desse inciso, temos que o Brasil subscreveu o Pacto de São José da Costa Rica que, todos sabemos, coloca-se no mesmo patamar da legislação ordinária, o que implica dizer que esta, no que previa a prisão de certos devedores, ficou revogada, quando passou a ser obrigatório o Pacto no território brasileiro. Para ser mais preciso, restou ab-rogada.”<sup>203</sup>

Reconhecida a decisão do STF pela recepção do Pacto de São José da Costa Rica como norma de hierarquia igual às leis, o tratado passou a ser aplicado por ser posterior à lei ordinária que regulamentava as exceções à vedação à prisão civil por dívidas.

Em seguida, erigiu na jurisprudência do STF a possibilidade de superação das decisões anteriores, ao conceber a recepção dos tratados de direitos humanos de forma diferenciada dos demais tratados. No acórdão proferido em 2000 no julgamento do recurso

---

<sup>201</sup> STJ, HC 72.131/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 1.8.2003, p. 103.

<sup>202</sup> Constituição, art. 5º, LXVII: “não haverá prisão por dívidas, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”

<sup>203</sup> STF, HC 74.383/MG, Rel. Min. Néri da Silveira, Segunda turma, DJ 27.6.1997.

em *habeas corpus* n.º 79.785/RJ,<sup>204</sup> o Min. Sepúlveda Pertence reafirmou a posição do tribunal de que os tratados internacionais não poderiam sobrepor-se à Constituição, mas não se alinhou à jurisprudência anterior, adotando a tese de que as normas internacionais poderiam ser incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro com status supralegal (hierarquia superior às leis e inferior à Constituição).

Dois anos após a decisão que considerou que os tratados internacionais poderiam ser incorporados no ordenamento jurídico brasileiro com status supralegal, no HC n.º 81.319/GO, o Min. Celso de Mello pugnou por que o Congresso Nacional outorgasse hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos. Assim estava redigido trecho da ementa da referida decisão:

“A ESTATURA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS: UMA DESEJÁVEL QUALIFICAÇÃO JURÍDICA A SER ATRIBUÍDA, “DE JURE CONSTITUENDO”, A TAIS CONVENÇÕES CELEBRADAS PELO BRASIL. – É irrecusável que os tratados e convenções internacionais não podem transgredir a normatividade subordinante da Constituição (...) – Revela-se altamente desejável, no entanto, “de jure constituendo”, que, à semelhança do que se registra no direito constitucional comparado (...), o Congresso Nacional venha a outorgar hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos celebrados pelo Estado brasileiro(...)”<sup>205</sup>

Nesse contexto, foi editada a Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, que, dentre outras alterações, acrescentou os §§ 3º e 4º ao art. 5º da Constituição de 1988, dispondo sobre a forma de aprovação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo Congresso Nacional para que fossem equiparados a emendas

---

<sup>204</sup> STF, RHC 79.785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 22.11.2002, p. 57.

<sup>205</sup> STF, HC 81.319/GO, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 19.8.2005.

constitucionais, e sobre a submissão do Brasil aos tribunais penais internacionais.<sup>206</sup>

Estabelecido o requisito para incorporar os tratados de direitos humanos formalmente com hierarquia constitucional, através da aprovação, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos membros das duas Casas do Congresso Nacional, a jurisprudência do STF continuou aplicando, reiteradamente, a tese da incorporação dos tratados com hierarquia supralegal, desde que não tivessem sido aprovados por procedimento especial. Surgiu, porém, a dúvida com relação à hierarquia dos tratados incorporados antes da EC n.º 45, se teriam hierarquia legal, supralegal ou constitucional. A despeito da opinião sustentada pelo Min. Celso de Mello, de que os tratados anteriores à EC n.º 45 deveriam ser incorporados com status constitucional, como parte material do rol das garantias e direitos fundamentais do art. 5º, a jurisprudência do STF continuou decidindo, reiteradas vezes, pela adoção da hierarquia supralegal dessas normas.<sup>207</sup>

Há ainda a tendência mais recente, ainda minoritária, inserida na jurisprudência do STF pelo Min. Celso de Mello, a incorporação dos tratados de direitos humanos com hierarquia constitucional, mas a aplicabilidade da norma mais favorável à pessoa humana, seja do tratado internacional, seja da ordem interna, para que seja dada máxima eficácia à proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana.<sup>208</sup>

---

<sup>206</sup> Constituição Federal de 1988, art. 5º, § 3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”, § 4º: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.”

<sup>207</sup> STJ, RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 4.6.2009.

<sup>208</sup> STF, HC 96.772/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 20.8.2009; HC 90.450/MG, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 5.2.2009; HC 94.695/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe

## 7. Conclusão

A presente pesquisa identificou na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a tendência pela adoção da teoria monista moderada, ou seja, nas decisões sobre a hierarquia dos tratados envolvendo Direito tributário, Direito Comercial e Extradicação a jurisprudência se manteve, não se verificando nenhuma grande mudança no período pesquisado.<sup>209</sup> Apesar da aparente revolução causada pelo RE 80.004, as decisões proferidas antes desse acórdão e, também, as posteriores aplicaram, em sua maioria, o princípio da especialidade e o princípio da antiguidade para dirimir os conflitos normativos entre tratados internacionais e leis, técnicas utilizadas apenas em conflitos de normas de mesma hierarquia.

A partir da inserção dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, que se deu, principalmente, a partir da Constituição de 1988, a jurisprudência do STF foi objeto de reflexão sobre o tema da incorporação das normas internacionais. A partir da percepção de que a doutrina consolidada do tribunal era pela adoção da equiparação entre os status dos tratados e das leis, os julgadores fizeram o *discrimen* entre os tratados internacionais de direitos humanos e os que tratavam de matérias diversas, a partir da própria Constituição.

Assim, os tratados de direitos humanos passaram da hierarquia de lei para a supralegal, cuja aplicação já é consolidada no STF. Existem ainda tendências minoritárias de adotar a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, ou até mesmo de aplicação da norma mais favorável (seja interna ou internacional) para a proteção dos direitos fundamentais. É

---

5.2.2009.

<sup>209</sup> A pesquisa foi realizada, principalmente, através do endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal, onde estão disponíveis os acórdãos proferidos a partir da década de 1950.

importante observar, porém, que a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos deixou de ser secundária ou supletiva à legislação ordinária, objetivando a efetivação das garantias fundamentais previstas na ordem internacional.

A adoção da teoria monista moderada, com a equiparação entre tratados e leis, reflete uma posição que se contrapõe às normas de direito internacional, que prevêm procedimentos próprios para a denúncia dos tratados e que prevêm que os Estados não podem alegar disposições de direito interno para justificar o não-cumprimento dos tratados. Entretanto, não se deve esquecer que a adoção da teoria monista radical, assim como entendida por Kelsen, da supremacia do direito internacional sobre o direito interno, ainda esbarra no dogma do paradigma constitucionalista, que é a adoção da Constituição como norma fundamental, que valida todo o ordenamento jurídico.

#### Referências Bibliográficas

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

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966. Brasília, DF: Senado, 1966.

CASSESE, Antonio. Modern Constitutions and International Law. In *Recueil des Cours*, 1985, p. 335-475.

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

FRAGA, Mitrô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno*. estudo analítico da situação do tratado na ordem

jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NEVES, Marcelo. A força Simbólica dos direitos humanos. *Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

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