D C J U R Í D I C O

Preparatório para a Magistratura e o Ministério Público

MATERIAL DE ESTUDO

D I R E I T O I N T E R N A C I O N A L

B L O C O 2

Direito Internacional e Direito Interno

Você quer um curso ou você quer aprovação?

Instagram @juridico.dc
WhatsApp +55 37 8411-9236
dcpreparatorio@gmail.com

DIREITO INTERNACIONAL

Direito Internacional e Direito Interno

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

A relação entre o Direito Internacional e o direito interno dos Estados é uma das questões mais antigas e polêmicas da disciplina. A discussão transcende a tergiversação doutrinária e apresenta aspectos teóricos tanto quanto à eventual hierarquia entre as duas ordens quanto à solução de antinomias entre normas de âmbitos distintos.

Para responder a essas questões surgiu, na Alemanha do século XIX, o debate entre a teoria **monista**, associada a Hans Kelsen, e a teoria **dualista**, formulada por Karl Heinrich Triepel. Originariamente, os autores estavam preocupados com as tensões relacionadas à soberania, à vontade e à obrigação jurídica perante os Estados.

> **ATENÇÃO — DOIS PLANOS QUE NÃO DEVEM SER CONFUNDIDOS**
>
> A fonte mais frequente de erro na matéria é a confusão entre dois planos distintos.
>
> O primeiro é o **plano teórico**, que indaga se existem uma ou duas ordens jurídicas e qual delas prevalece em caso de antinomia. É nesse plano que se situam o monismo e o dualismo.
>
> O segundo é o **plano da incorporação**, que indaga qual o procedimento necessário para que uma norma internacional produza efeitos no ordenamento interno. É nesse plano que se situam a ratificação, o decreto legislativo e o decreto de promulgação.
>
> Os planos se relacionam, mas não se identificam. A exigência de procedimento de internalização é indício de dualismo, não sua demonstração: Estado monista pode exigir formalidades de publicidade sem que isso converta a norma internacional em norma nacional nova. A doutrina brasileira frequentemente confunde aspectos descritivos das teorias com teses de incorporação, e a jurisprudência não escapou dessa confusão, como se verá.

Convém, ainda, registrar desde logo o que efetivamente está em jogo. Por trás das discussões sobre monismo e dualismo o que se pretende saber é **quem dá a última palavra**, isto é, qual o órgão, normalmente jurisdicional, com poder de decidir em último grau. Dizer que as normas internas prevalecem sobre as internacionais equivale, na prática, a dizer que as cortes constitucionais prevalecem sobre os órgãos internacionais.

2. A TEORIA DUALISTA

2.1. Os dois critérios de distinção

Karl Heinrich Triepel parte do pressuposto de que o Direito Internacional e o direito interno são sistemas jurídicos **distintos**, e fundamenta a distinção em dois critérios: as relações sociais reguladas e as fontes jurídicas.

Quanto às **relações sociais**, o direito interno regula apenas as relações sociais das pessoas, físicas ou jurídicas, sujeitas à soberania de um Estado, enquanto o Direito Internacional rege as relações entre Estados soberanos. Para o autor, o indivíduo, no ordenamento internacional, não tem direitos nem deveres, sendo apenas **objeto** de direitos e deveres internacionais.

Quanto às **fontes jurídicas**, no direito interno as normas derivam da vontade do Estado, enquanto no Direito Internacional derivam da vontade coletiva, *Vereinbarung*, dos Estados que compõem a sociedade internacional.

A ilustração clássica do autor descreve os dois ordenamentos como círculos em íntimo contato, mas que jamais se sobrepõem. Imagem equivalente e didaticamente mais segura é a de duas retas

paralelas: na ordem interna, compete ao Estado ser o autor das normas e, eventualmente, seu destinatário; no âmbito internacional, a fonte de produção normativa é a vontade geral dos Estados, sendo estes, individualmente, os destinatários.

Elemento	Ordenamento internacional	Ordenamento nacional
Sujeitos	Estados nacionais.	Pessoas naturais e jurídicas.
Fonte material	Vontade coletiva dos Estados.	O Estado.
Objeto de regulação	Relações entre Estados soberanos.	Relações entre indivíduos e entre estes e o ente estatal.

2.2. A impossibilidade de conflito

Consequência central da teoria dualista é que **nunca haverá conflito** entre normas do Direito Internacional e do direito interno. Ainda que o conteúdo da primeira seja incorporado ao ordenamento interno, a natureza da obrigação é distinta.

O raciocínio é rigoroso. Se as ordens não se tocam, um sujeito não poderia, no âmbito interno, buscar a aplicação de uma norma de âmbito internacional. É impossível, nesse contexto, falar em conflito de normas de ordenamentos distintos.

Na prática, em demanda interna, o ordenamento nacional sempre prevalece, independentemente de seu conteúdo, em face de norma internacional, sendo a recíproca verdadeira: em demanda internacional, não seria possível a um Estado opor norma de âmbito interno para eximir-se de obrigação proveniente de norma internacional.

2.3. O pluralismo institucionalista

Tese de mesma natureza é o pluralismo institucionalista de Santi Romano, desenvolvido na obra *O ordenamento jurídico*, de 1949. Em síntese, admite-se a existência de múltiplos ordenamentos jurídicos que se inter-relacionam. Quanto à relação entre ordenamento interno e internacional, porém, é sempre o Estado que determina o conteúdo do próprio ordenamento.

O Direito Internacional não integraria, assim, o ordenamento interno, seja em razão de seu conteúdo, seja em função de seus destinatários, ainda que o Estado fizesse um reenvio de norma internacional a seu próprio ordenamento.

2.4. Dualismo radical e dualismo moderado

A teoria dualista desdobra-se em duas vertentes, cuja distinção é frequentemente cobrada.

O **dualismo radical** exige que o conteúdo do tratado seja incorporado ao ordenamento interno por **lei interna**. É a chamada teoria da incorporação ou da transformação, formulada por Paul Laband, pela qual um tratado somente pode regular relações dentro do território de um Estado se for incorporado ao ordenamento interno por procedimento que o transforme em norma nacional. Não há aplicação imediata do tratado: exige-se transformação do Direito Internacional em direito interno por norma legislativa interna.

O **dualismo moderado** dispensa a fórmula legislativa. Não é necessário que o conteúdo das normas internacionais seja inserido em projeto de lei interna, bastando a incorporação dos tratados ao ordenamento por procedimento específico, distinto do processo legislativo comum, que normalmente inclui a aprovação prévia do Parlamento e a ratificação pelo Chefe de Estado, bem como, no caso brasileiro, decreto de promulgação do Presidente da República, que insere o ato internacional na ordem jurídica nacional. Os defensores dessa vertente não chegam ao extremo de exigir lei, mas admitem a necessidade de ato formal de internalização, como decreto ou regulamento.

DOUTRINA — A OBRIGAÇÃO DE INCORPORAR E A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

Na lógica da teoria da transformação, os dois ordenamentos podem caminhar pareados sem que haja primazia de um sobre o outro, pois distintas são as esferas de atuação. Daí a conclusão de que um preceito de Direito das Gentes não pode revogar outro que lhe seja diverso no ordenamento interno.

O Estado pactuante obriga-se a incorporar tais preceitos ao ordenamento doméstico. Se não o fizer, deve ser responsabilizado no plano internacional, responsabilização que decorre do *pacta sunt servanda* e deriva de ilícito internacional consistente na prática de ato interno, mesmo negativo, como a própria não incorporação do ato.

Observe-se a elegância da construção: o dualismo preserva a integridade do direito interno sem negar a obrigatoriedade do Direito Internacional, transferindo o problema do plano da validade para o plano da responsabilidade. Essa mesma transferência reaparece, como se verá, no monismo moderado.

2.5. Críticas às teorias dualistas

Ambas as teorias, apesar de importantes do ponto de vista histórico, são defasadas em relação ao estado atual da disciplina, por duas razões principais.

- A sociedade internacional não é composta apenas por Estados, mas também por organizações internacionais e, principalmente, por indivíduos, com direitos e deveres surgidos de normas do Direito Internacional. A premissa de que o indivíduo é mero objeto não se sustenta diante do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Penal Internacional.
- Normas internas podem ser fontes do Direito Internacional, como os atos unilaterais dos Estados, e normas internacionais podem ser invocadas para a resolução de conflitos internos. A separação estanque entre as fontes, portanto, não corresponde à prática.

2.6. A recepção no direito comparado

A opção entre incorporação automática e incorporação legislativa não é mera abstração teórica: traduz-se em cláusulas constitucionais concretas, cujo conhecimento ajuda a situar a posição brasileira.

Alguns Estados conferem **status constitucional** às normas internacionais, em especial às de direitos humanos, equiparando-as ao texto constitucional ou integrando-as ao bloco de constitucionalidade. Outros adotam a **incorporação automática**, pela qual o tratado ratificado e publicado produz efeitos internos sem necessidade de ato legislativo, modelo seguido, entre outros, pela Bélgica, pela França e pela Holanda. Outros, ainda, exigem **ato legislativo de transformação**, de modo que o tratado só vigora internamente após lei que lhe reproduza o conteúdo.

A posição brasileira situa-se em ponto intermediário. Exige-se ato formal de internalização, o decreto de promulgação, mas não lei que reproduza o conteúdo do tratado, o que aproxima o Brasil do dualismo moderado no plano procedimental. No plano hierárquico, porém, a atribuição de supralegalidade e de equivalência a emenda constitucional a determinados tratados afasta o tratamento uniforme como lei ordinária que o dualismo moderado pressuporia, e é precisamente essa combinação que produz a dificuldade de classificação examinada adiante.

3. AS TEORIAS MONISTAS

3.1. A premissa da unidade

A premissa básica das teorias monistas é a de que o mundo jurídico é **unitário**. Existindo um único ordenamento com várias fontes de produção normativa, nacionais e internacionais, é

possível haver antinomia entre as normas, e é precisamente esse o problema que as vertentes monistas se propõem a resolver.

Caracteriza o monismo a possibilidade de **aplicação direta e automática** das normas de Direito Internacional pelos agentes do poder estatal, pois, para essa corrente, direito interno e internacional integram o mesmo sistema. A assinatura e a ratificação de um tratado significam a assunção de compromisso jurídico, e os compromissos exteriores assumidos passam a ter aplicação imediata no ordenamento interno, sistemática denominada **incorporação automática**, adotada, entre outros, pela Bélgica, pela França e pela Holanda.

A imagem geométrica correspondente não é a de dois círculos contíguos que se interceptam, mas a de dois círculos superpostos e concêntricos, em que o maior representa o Direito Internacional, que abarca o menor, representado pelo direito interno. Nessa ordem de ideias, podem existir assuntos sob jurisdição exclusiva do Direito Internacional, o que não ocorre com o direito interno, que não tem jurisdição exclusiva, pois tudo o que por ele pode ser regulado também pode ser regulado pelo Direito Internacional.

A doutrina monista divide-se em três correntes: monismo nacionalista, monismo internacionalista e monismo moderado ou dialógico.

Antes de examinar as vertentes, convém registrar a diferença de consequência que a premissa monista produz. Para o monismo, as normas internacionais podem ter eficácia condicionada à harmonia de seu teor com o direito interno, e a aplicação das normas nacionais pode exigir que estas não contrariem os preceitos de Direito das Gentes. Há, portanto, interferência recíproca entre as ordens, precisamente o que o dualismo nega.

3.2. Monismo nacionalista

Os monistas nacionalistas, inspirados na noção hegeliana de Estado como personificação do máximo ético, defendem que a vontade do Estado prepondera sobre as normas do Direito Internacional. Há primazia do direito interno, fundamentada na soberania estatal absoluta, sendo o ordenamento interno hierarquicamente superior ao internacional. O arbítrio do Estado só encontraria limitação no arbítrio de outro Estado, jamais nas regras do Direito Internacional.

Formulação característica dessa corrente sustenta que, posto o primado da Constituição em confronto com o *pacta sunt servanda*, preserva-se a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isso signifique a prática de ilícito pelo qual, no plano externo, o Estado deva responder.

Dois argumentos principais sustentam a posição. O primeiro é a ausência, no cenário internacional, de autoridade supraestatal capaz de obrigar o Estado ao cumprimento de seus mandamentos, sendo cada Estado competente para determinar livremente suas obrigações internacionais e, em princípio, juiz único da forma de executá-las. O segundo é o fundamento puramente constitucional dos órgãos competentes para concluir tratados em nome do Estado, obrigando-o no plano internacional.

3.3. Monismo internacionalista radical

Os monistas internacionalistas, por fundamentos diversos, jusnaturalistas, sociológicos ou estritamente jurídicos, defendem a prevalência do Direito Internacional em face do direito interno. A corrente foi formulada principalmente pela Escola de Viena, cuja figura mais representativa é Kelsen.

Para Kelsen, do ponto de vista lógico, as teorias dualistas e pluralistas não se sustentam, em razão da impossibilidade de coexistência de normas mutuamente válidas no mesmo espaço e tempo. Uma norma é válida quando derivada de uma norma fundamental, e a norma que fundamenta todos os ordenamentos nacionais é o **princípio da eficácia**, que, por sua vez, é princípio do Direito Internacional.

O raciocínio é o seguinte: a primeira constituição histórica é válida porque a ordem coercitiva erigida com base nela é eficaz na totalidade. Desse modo, a ordem jurídica internacional, por meio do princípio da eficácia, determina não apenas a esfera de validade, mas também o fundamento de validade das ordens jurídicas nacionais. Como as normas fundamentais das ordens nacionais são determinadas por norma de Direito Internacional, elas são fundamentais apenas em sentido relativo, sendo a norma fundamental da ordem internacional o fundamento último da validade das ordens nacionais.

ATENÇÃO — DOIS PONTOS FREQUENTEMENTE MAL REPRODUZIDOS EM KELSEN

O primeiro: para Kelsen, a norma fundamental do Direito Internacional **não é** o *pacta sunt servanda*, mas a norma que aprova o **costume internacional** como fato criador de normas jurídicas cogentes aos Estados. Daí a fórmula *consuetudo est servanda*, que em momento ulterior do pensamento kelseniano substitui a anterior. Consequência dessa construção é que o direito convencional está, na hierarquia das normas internacionais, abaixo do direito consuetudinário, pois dele retira seu fundamento.

O segundo: Kelsen **admite** a possibilidade de conflito entre normas do Direito Internacional e do direito interno e, ao contrário do que muitas vezes se afirma, confere às constituições a escolha sobre a prevalência da norma, interna ou internacional. Trata-se de questão política que não impedirá a responsabilização pelo eventual descumprimento da norma internacional. Para o autor, a supremacia do Direito Internacional é questão de conteúdo normativo, e não de soberania.

Na vertente mais rigorosa dessa corrente, denominada **monismo radical**, o tratado tem total supremacia sobre o direito nacional, e norma interna que o contrarie deve ser declarada inválida. A consequência lógica da existência de normas internas contrárias ao Direito Internacional é a configuração da responsabilidade internacional do Estado, de modo que esse instituto passa a ser a sanção eleita pelo sistema internacional como forma de manter o predomínio do Direito Internacional sobre o direito estatal.

Registre-se, ainda, que a prática reiterada dos Estados e das cortes internacionais é considerar a norma interna um **mero fato**, que expressa a vontade do Estado, e não uma norma oponível no plano internacional.

3.4. Monismo internacionalista moderado

Vertente desenvolvida por Alfred von Verdross nega a invalidade da norma interna cujo teor contraria a norma internacional. Tanto o Direito Internacional quanto o nacional poderiam ser aplicados pelas autoridades do Estado, dentro do que determina o ordenamento estatal. Em caso de aplicação da norma interna, a questão se resumiria à possibilidade de responsabilização internacional do Estado.

Formulação correlata, de viés mais sofisticado, sustenta que, para além das teorias monistas radicais, existe teoria monista **mitigada** ou moderada, em que a relação entre direito interno e internacional não se limita à validade normativa apriorística de uma ordem sobre a outra, mas leva em consideração o **conteúdo normativo**.

Nessa linha, a relação do Direito Internacional comum com o direito interno tende a ser uniforme e constante, e o primado do primeiro, sobretudo do *jus cogens*, traduz o primado do bem comum universal. Em contrapartida, a relação do Direito Internacional convencional e do direito das organizações internacionais com o direito interno tem-se revelado bastante diversificada, diversificação que decorre tanto do conteúdo e dos objetivos das próprias normas internacionais quanto das legítimas opções constitucionais dos vários Estados.

3.5. Monismo dialógico e as cláusulas de abertura

Desenvolvimento contemporâneo de grande relevância para o Direito Internacional dos Direitos Humanos sustenta que as chamadas **cláusulas de comunicabilidade** ou de **abertura**, presentes na maioria das constituições latino-americanas e também nos tratados internacionais de direitos humanos, mitigariam as discussões de prevalência entre as teorias monistas e dualistas.

O art. 5º, § 2º, da Constituição é o exemplo da cláusula de abertura no ordenamento interno, enquanto o art. 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos é a cláusula de comunicabilidade do sistema interamericano. Por meio do princípio *pro homine* ou *pro persona*, ambos os textos determinam a prevalência da norma que contenha a disposição mais favorável à vítima.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL — ART. 5º, § 2º

§ 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.

Daí a formulação de um **monismo internacionalista dialógico**. Em princípio, caberia às normas do Direito Internacional prevalecer sobre a ordem interna. Considerando, porém, a teoria do diálogo das fontes e a possibilidade formal prevista nos tratados de direitos humanos, no caso concreto, em função do princípio *pro homine*, seria possível que a norma nacional prevalecesse, exatamente por melhor proteger o ser humano.

DOUTRINA — POR QUE O DIALOGISMO NÃO VIOLA A HIERARQUIA

A objeção óbvia ao monismo dialógico é a de que a aplicação da lei interna em detrimento do tratado violaria a primazia do Direito Internacional. A resposta é refinada e convém ser compreendida.

A aplicação da lei doméstica, quando mais benéfica, não desrespeita o princípio da hierarquia, pois decorre justamente de **norma de interpretação do próprio tratado**, que consagra a primazia da norma mais favorável ao ser humano, e que é hierarquicamente superior à lei interna. Não é a lei interna que afasta o tratado: é o tratado que determina a aplicação da norma mais favorável, qualquer que seja sua origem.

Trata-se, assim, de hierarquia de **valores**, isto é, substancial ou material, em contraposição à hierarquia meramente formal de cunho intransigente. Em suma, o monismo internacionalista continua a prevalecer na hipótese, mas com dialogismo. Com a emergência de ramos especializados do Direito das Gentes, formularam-se critérios próprios de solução de conflitos, como a primazia da norma mais favorável ao indivíduo no campo dos direitos humanos.

3.6. Quadro comparativo das teorias

Critério	Dualismo	Monismo
Número de ordens jurídicas	Duas ordens distintas e independentes.	Uma só ordem jurídica.
Possibilidade de conflito	Impossibilidade de conflito, pois as ordens não se tocam.	Possibilidade de conflito entre normas de fontes diversas.
Incorporação	Necessária, por procedimento próprio, pois a norma internacional não produz efeitos internos por si.	Automática, compondo a norma internacional a ordem jurídica nacional de imediato.
Natureza dos tratados	Compromissos assumidos na esfera externa, sem capacidade de gerar efeitos no interior dos Estados antes da internalização.	Compromissos jurídicos de aplicação imediata no ordenamento interno do Estado pactuante.

Critério	Dualismo	Monismo
Vertentes	Radical, com exigência de lei interna; moderado, com exigência de ato formal de internalização.	Nacionalista, com prevalência da norma interna; internacionalista radical e moderado, com prevalência da norma internacional; dialógico, com prevalência da norma mais favorável.

4. CRÍTICA AO MONISMO NACIONALISTA

Antes de examinar a posição brasileira, convém registrar ponderação relevante sobre as consequências práticas e ideológicas das teorias.

Na prática, a adoção de teoria **dualista** ou de **monismo nacionalista** produz o mesmo efeito: colocar o Estado e seus órgãos internos como protagonistas da criação e da aplicação do direito. Afirmar que as normas internas prevalecem sobre as internacionais equivale a afirmar que as cortes constitucionais prevalecem sobre os órgãos internacionais.

Questão pouco debatida refere-se à posição ideológica que antecede a adoção do monismo nacionalista. Admite-se a experiência jurídica como única, um único ordenamento, e situa-se o direito nacional no centro dessa ordem. O Estado que adota tal posição tem a pretensão de colocar-se, literalmente, no centro do mundo, ou, mais precisamente, no ápice da ordem jurídica global.

Nessa perspectiva, trata-se de posição imperialista, pautada em concepção forte de soberania que, historicamente, justificou guerras e atrocidades contra a humanidade. Acresce objeção de ordem lógica: quando mais de um Estado adota a mesma teoria monista nacionalista, eles, em conjunto, contrariam a premissa da unidade jurídica, retornando, na prática, à corrente dualista ou pluralista.

Daí a conclusão de que o monismo internacionalista moderado, mitigado ou dialógico é a posição que melhor se coaduna com o contexto fático, de interdependência dos atores na sociedade internacional, e com o contexto jurídico, de imposição de limites à soberania estatal, principalmente em matérias relacionadas aos direitos humanos.

5. A POSIÇÃO ADOTADA PELO DIREITO INTERNACIONAL

Enquanto os ordenamentos internos variam em suas opções, o Direito Internacional convencional tomou posição expressa, que é a do monismo internacionalista.

> **CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS — ART. 27**
>
> Artigo 27. Direito Interno e Observância de Tratados.
>
> Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

A Convenção, internalizada no Brasil pelo Decreto 7.030/2009, adota teoria monista internacionalista de viés radical, pois não admite, como regra, que um Estado alegue as normas de sua Constituição para o descumprimento de tratado.

A ressalva final remete ao art. 46 da própria Convenção, que disciplina a invocação de violação de disposições de direito interno sobre competência para concluir tratados. Essa exceção, examinada com detalhe no bloco sobre condições de validade dos tratados, exige que a violação seja **manifesta** e diga respeito a norma de **importância fundamental** do direito interno do Estado. Não se trata, portanto, de abertura geral à alegação de direito interno, mas de hipótese estreita de vício de consentimento.

ATENÇÃO — A ASSIMETRIA ENTRE OS PLANOS

A articulação entre os arts. 27 e 46 da Convenção produz resultado de grande importância prática, que convém formular com precisão.

No **plano internacional**, o Estado não pode invocar seu direito interno, inclusive constitucional, para justificar o inadimplemento de tratado. A norma interna é tratada como mero fato.

No **plano interno**, cada Estado define, por sua Constituição, a posição hierárquica do tratado e o procedimento de sua internalização. O Brasil, como se verá, submete os tratados ao controle de constitucionalidade.

A assimetria é deliberada e não configura contradição. O Estado pode, licitamente em seu direito interno, deixar de aplicar um tratado, e, ao fazê-lo, incorrer em ilícito internacional, com a consequente responsabilidade. É precisamente esse o conteúdo do monismo moderado e a razão pela qual a responsabilidade internacional funciona como sanção do sistema.

6. A POSIÇÃO BRASILEIRA

A posição brasileira não é unívoca. Há dispositivos normativos que apontam em direções opostas, e a jurisprudência é fonte de divergências relevantes.

6.1. Dispositivos que sugerem monismo internacionalista

Três dispositivos legais apontam na direção da prevalência da norma internacional.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL — ART. 178

Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL — ART. 98

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

LEI 8.212/1991 — ART. 85-A

Art. 85-A. Os tratados, convenções e outros acordos internacionais de que Estado estrangeiro ou organismo internacional e o Brasil sejam partes, e versem sobre matéria previdenciária, serão interpretados como lei especial.

Os três dispositivos têm em comum a determinação de observância do tratado pela legislação **posterior**, o que, na lógica da hierarquia das fontes, é incompatível com o tratamento do tratado como lei ordinária sujeita ao critério cronológico. Daí a leitura de que indicariam adesão ao monismo internacionalista, ao menos nas matérias específicas que regulam.

6.2. Dispositivo que sugere monismo nacionalista

Em sentido oposto, a Constituição prevê expressamente o controle de constitucionalidade dos tratados internacionais, o que revela indícios de posição monista nacionalista.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL — ART. 102, III, ALÍNEA "B"

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III — julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

A previsão é decisiva no plano interno: se o tratado pode ser declarado inconstitucional, ele está hierarquicamente **abaixo** da Constituição. O Brasil não adota, nem nunca recepcionou, a supraconstitucionalidade dos tratados.

6.3. A tese do dualismo moderado na jurisprudência

Em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade na década de 1990, cujo objeto era convenção da Organização Internacional do Trabalho, o relator concluiu, em voto de grande repercussão, que o Brasil adota teoria **dualista moderada**. O fundamento foi o procedimento complexo de internalização de um tratado, com necessidade de manifestação do Congresso Nacional e do Presidente da República, por meio de decreto executivo, o que importaria adesão à teoria dualista.

O julgado merece exame crítico, e três observações se impõem.

Primeira: da leitura do voto afere-se a intenção primordial de afirmar a supremacia da Constituição em relação aos tratados, posição própria da teoria monista nacionalista, com a finalidade de possibilitar o controle de constitucionalidade do ato internacional. Após digressão sobre ratificação, incorporação normativa e status formal dos tratados, o relator concluiu pela adoção do dualismo moderado, conclusão que não se harmoniza com a premissa de que partiu.

Segunda: dos julgadores que participaram do julgamento, apenas o relator apontou, em *obiter dictum*, a adoção da teoria dualista moderada. Os demais discutiram, ao longo das mais de cento e cinquenta páginas do acórdão, basicamente qual o status formal do tratado internacional no ordenamento interno, tendo em vista que o art. 7º, I, da Constituição previu que a matéria deveria ser tratada por lei complementar. O cerne da discussão era se o tratado teria status formal de lei ordinária, e, com isso, não teria o efeito de regulamentar dispositivo sob reserva de lei complementar, ou se, ao ser internalizado, o que importaria seria o conteúdo do tratado e não sua forma.

Terceira: o resultado do julgamento foi a interpretação conforme a Constituição para que a convenção fosse considerada norma **não autoexecutória**, dependente de manifestação legislativa posterior para sua implementação, considerando o disposto no próprio tratado. Em outros termos, ao final, a Corte evitou decidir sobre o status formal do tratado e sobre a eventual adoção das teorias monistas ou dualistas.

6.4. Outras manifestações jurisprudenciais

No que se refere aos tratados relativos ao Direito Tributário, estes são interpretados como norma **especial**, prevalecendo sobre a norma posterior, o que revela posição monista internacionalista. Firmou-se que os tratados e convenções internacionais em matéria tributária são leis especiais, de modo que revogam a lei geral quanto ao objeto da convenção, e são observados pela legislação interna que lhes sobrevenha.

No Superior Tribunal de Justiça há, ainda, julgado que adota expressamente a teoria do **monismo moderado**, ao afirmar que os tratados e convenções internacionais ingressam no direito brasileiro com status de lei ordinária, segundo essa teoria, e veiculam diversas normas de combate ao trabalho em condições degradantes.

No Supremo Tribunal Federal, por sua vez, o tratamento conferido aos tratados de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional 45/2004, aos quais se atribuiu status supralegal, isto é, abaixo da Constituição mas superior às demais normas do ordenamento, caracteriza adesão a um **monismo nacionalista moderado**.

6.5. Tratados autoexecutórios e não autoexecutórios

Questão distinta da hierarquia e da incorporação, mas com elas frequentemente confundida, é a da aptidão do tratado para produzir efeitos sem norma interna complementar. Foi precisamente nesse ponto que se resolveu o julgamento examinado acima.

O tratado **autoexecutório**, denominado *self-executing*, contém normas suficientemente precisas e completas para aplicação direta pelos órgãos internos, sem necessidade de regulamentação. É o caso das normas que atribuem direitos subjetivos definidos ou que estabelecem vedações claras.

O tratado **não autoexecutório** contém normas que, por sua generalidade ou por determinação expressa de seu próprio texto, dependem de manifestação legislativa posterior para implementação. Nessa categoria situam-se as normas programáticas e aquelas que remetem expressamente à legislação nacional a definição de seus termos.

ATENÇÃO — TRÊS PLANOS QUE NÃO SE CONFUNDEM

A matéria exige a separação rigorosa de três indagações que as questões de prova frequentemente misturam.

Primeira: o tratado **integra** o ordenamento interno? Responde-se pelo procedimento de internalização, isto é, pela incorporação.

Segunda: que **posição** o tratado ocupa na hierarquia normativa interna? Responde-se pelo status, que no Brasil varia conforme a matéria.

Terceira: o tratado é **aplicável diretamente** ou depende de regulamentação? Responde-se pelo caráter autoexecutório ou não de suas normas, aferido dispositivo por dispositivo.

Um tratado pode estar regularmente internalizado, ter status supralegal e, não obstante, não ser aplicável a determinado caso por não ser autoexecutório naquele ponto. As três respostas são independentes.

ALERTA — ORIENTAÇÃO PARA PROVA OBJETIVA

Deve-se atentar à forma de redação das questões, pois ora se indaga o **conteúdo** das teorias, ora a eventual **adoção** de uma delas pelo Brasil. Nessa segunda hipótese, a atenção deve ser redobrada.

Se a temática se relaciona à proteção dos direitos humanos, é provável que a resposta correta seja a adoção do monismo internacionalista mitigado, moderado ou dialógico.

Se a questão for genérica, é possível que a resposta considerada correta seja o **dualismo moderado**, por adesão à literalidade do voto condutor examinado acima. Há registro de questão objetiva que, nessa linha, considerou errada a assertiva que afirmava a adoção de monismo moderado no Brasil.

A conclusão honesta, e a que se deve sustentar em prova dissertativa ou oral, é que a jurisprudência brasileira não firmou posição teórica coerente, oscilando conforme a matéria e o resultado pretendido no caso concreto.

7. HIERARQUIA DOS TRATADOS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A questão da hierarquia é distinta daquela do monismo e do dualismo, embora com ela se relacione. Aqui não se indaga quantas são as ordens jurídicas, mas qual a posição que o tratado internalizado ocupa na pirâmide normativa interna. A resposta brasileira **não é uniforme**: varia conforme a matéria tratada.

7.1. Tratados em geral: status de lei ordinária

Em regra, os tratados em geral possuem hierarquia de lei ordinária federal, submetendo-se aos critérios cronológico e da especialidade. A conclusão assenta-se em três dispositivos constitucionais.

O **art. 47** da Constituição estabelece que, salvo disposição em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros. Se a espécie normativa não tem quórum próprio expresso, aplica-se a maioria simples, de modo que o tratado se equipara à lei ordinária federal.

O **art. 102, III, alínea "b"**, admite recurso extraordinário contra decisão que declarou a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Logo, o tratado está abaixo da Constituição, e é tratado ao lado da lei federal.

O **art. 105, III, alínea "a"**, atribui ao Superior Tribunal de Justiça competência para julgar recurso especial quando a decisão impugnada tiver contrariado tratado ou lei federal, ou negado-lhes vigência. Logo, o tratado é equiparado a lei ordinária federal também nesse plano.

Duas consequências práticas ilustram o regime. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, de 1942, prevalece sobre o Código de Bustamante, tratado incorporado ao direito brasileiro em 1929, por aplicação do critério cronológico. E a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas não se sobrepõe necessariamente às leis brasileiras, podendo prevalecer apenas se for mais nova ou mais especial.

ATENÇÃO — HIERARQUIA NÃO SE CONFUNDE COM FORÇA OBRIGATÓRIA

A atribuição de status de lei ordinária aos tratados em geral é frequentemente mal compreendida, e convém desfazer o equívoco.

O status de lei ordinária diz respeito apenas à posição do tratado na **pirâmide normativa interna**, e portanto ao modo de resolver antinomias com outras normas internas. Nada diz sobre sua força obrigatória no plano internacional.

Lei interna posterior que contrarie tratado pode, no plano interno, afastar sua aplicação pelo critério cronológico. No plano internacional, porém, o tratado permanece em vigor e vinculante, e o Estado responde pelo inadimplemento, nos termos do art. 27 da Convenção de Viena. A hierarquia interna resolve o problema do juiz nacional; não resolve o do Estado perante seus parceiros.

7.2. Tratados de direitos humanos: a evolução em quatro fases

O status dos tratados de direitos humanos sofreu evolução que convém decompor em quatro fases, pois a cronologia é frequentemente exigida.

Primeira fase, anterior à Constituição de 1988: status de lei ordinária federal, sem distinção quanto à matéria.

Segunda fase, de 1988 a 2004: a introdução da cláusula de abertura do art. 5º, § 2º, gerou três posições. A jurisprudência manteve o status de lei ordinária, entendendo que nada mudara. Posição doutrinária minoritária sustentou a equivalência a norma constitucional, por força da própria cláusula de abertura. Posição intermediária, manifestada em *obiter dictum* no ano 2000, falou pela primeira vez em **supralegalidade**.

Terceira fase, de 2004 a 2008: a Emenda Constitucional 45/2004 introduziu o § 3º no art. 5º, criando rito especial de aprovação equivalente ao das emendas constitucionais. A redação empregou a expressão "que forem", no futuro, o que suscitou a objeção de que a inovação não teria sido tão favorável aos movimentos de direitos humanos quanto se esperava, pois deixava sem solução o status dos tratados anteriores.

Quarta fase, de 2008 em diante: a Corte alterou seu entendimento e firmou a **teoria do duplo estatuto**. Os tratados aprovados pelo rito especial equivalem a emenda constitucional; os demais têm status de supralegalidade.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL — ART. 5º, § 3º

> § 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.

7.3. A teoria do duplo estatuto

Pela teoria do duplo estatuto, a hierarquia dos tratados de direitos humanos é **variável**, e tudo depende de terem passado ou não pelo rito especial do art. 5º, § 3º. Não importa se foram aprovados antes ou depois da Emenda Constitucional 45/2004: o critério é exclusivamente procedimental.

Todos os tratados que não passaram pelo rito especial, tendo sido aprovados pelo rito de maioria simples, em turno único em cada Casa do Congresso Nacional, nos termos do art. 47 da Constituição, têm natureza **supralegal**, porque situados abaixo da Constituição e acima das leis.

Até o momento, a aprovação pelo rito especial ocorreu em três hipóteses: a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, promulgada em 2009; o Tratado de Marraquexe, para facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para ter acesso ao texto impresso, de 2016; e a Convenção Interamericana contra toda forma de discriminação e intolerância, em 2022.

Exemplo paradigmático de tratado de direitos humanos com status supralegal é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, que fundamentou o afastamento da prisão civil do depositário infiel.

INFORMAÇÃO — QUESTÕES CORRELATAS AO RITO ESPECIAL

Quem pode solicitar o rito especial? O Presidente da República ou o Congresso Nacional têm legitimidade para solicitar o rito especial previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição.

O rito especial exige ratificação? Parcela da doutrina entende que o tratado poderia ser válido internamente após a fase de aprovação congressual, já que o rito é o das emendas constitucionais, que por sua natureza não exigem sanção, em comparação com o trâmite da proposta de emenda. Há divergência, todavia: sustenta-se que não se trata de proposta de emenda, de modo que o decreto legislativo apenas autoriza o Presidente da República a, querendo, ratificar posteriormente o tratado. O decreto legislativo seria, assim, condição necessária, mas não suficiente, para a validade internacional.

Os tratados de direitos humanos submetem-se a controle de constitucionalidade? Em qualquer caso, sim: ora porque são supralegais, ora porque, sendo materialmente constitucionais, não podem violar cláusula pétrea.

7.4. Aplicação prática: a prisão civil do depositário infiel

O caso que melhor ilustra o funcionamento concreto da supralegalidade é o da prisão civil do depositário infiel, e seu exame consolida tudo o que se examinou até aqui.

O art. 5º, LXVII, da Constituição dispõe que não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. A legislação ordinária regulamentou a segunda hipótese, inclusive por equiparação, estendendo-a ao devedor em alienação fiduciária em garantia.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 7º, item 7, por outra via, dispõe que ninguém deve ser detido por dívidas, ressalvados os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Firmada a supralegalidade da Convenção, a solução encontrada não foi declarar a inconstitucionalidade da autorização constitucional, o que seria logicamente impossível, nem

invalidar a lei ordinária por vício formal. Foi reconhecer a **paralisação da eficácia** da legislação ordinária que disciplinava a prisão do depositário infiel, por incompatibilidade com o tratado supralegal. A autorização constitucional subsiste no texto, mas carece de normatividade infraconstitucional apta a operacionalizá-la.

INFORMAÇÃO — OS ENUNCIADOS SUMULARES CORRELATOS

A orientação foi consolidada em dois enunciados de alta incidência.

A **Súmula Vinculante 25** dispõe que é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

A **Súmula 419 do Superior Tribunal de Justiça** dispõe que descabe a prisão civil do depositário judicial infiel, abrangendo, assim, também a figura do auxiliar do juízo.

Note-se a amplitude da fórmula vinculante: **qualquer que seja a modalidade do depósito**. A redação afasta tentativas de reintrodução da medida por meio de distinções entre depósito convencional, legal, judicial ou decorrente de alienação fiduciária.

7.5. Tratados de Direito Tributário

O art. 98 do Código Tributário Nacional, já transcrito, adota a noção de **supralegalidade** dos tratados em matéria tributária, ao determinar que revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela lei que lhes sobrevenha.

Por certo período a supralegalidade não subsistiu, diante da visão de que os atos internacionais incorporados à ordem jurídica equivaleriam à lei ordinária. A jurisprudência das cortes superiores, porém, retomou a visão da supralegalidade dos acordos internacionais em matéria tributária, ao fundamento de que a prevalência dos tratados tributários sobre a lei ordinária não vulnera a ordem constitucional e atende a interesses relevantes, como as exigências da cooperação internacional na matéria, a dinamização do desenvolvimento econômico-comercial, o combate a ilícitos tributários, a proteção dos direitos fundamentais dos contribuintes e o respeito aos compromissos internacionais.

ATENÇÃO — SUSPENSÃO DE EFICÁCIA, NÃO REVOGAÇÃO

Ponto de técnica frequentemente cobrado: para as cortes superiores, não há propriamente **revogação** ou **derrogação** da norma interna pelo regramento internacional.

Há apenas **suspensão de eficácia**, que atinge tão só as situações envolvendo os sujeitos e os elementos de estraneidade descritos na norma da convenção.

A distinção tem consequência prática relevante. Denunciado o tratado, a norma interna retoma plena eficácia sem necessidade de reedição, pois nunca foi revogada. E, nas situações não alcançadas pelos elementos de conexão do tratado, a lei interna continua a incidir integralmente, mesmo durante a vigência da convenção.

7.6. Tratados sobre transporte aéreo internacional

Hipótese específica de grande incidência diz respeito à antinomia entre o Código de Defesa do Consumidor e os tratados internacionais sobre transporte aéreo que limitam os valores de indenização devidos pelas operadoras.

Em sede de repercussão geral, firmou-se no **Tema 210** a prevalência dos acordos internacionais em face da lei consumerista interna, nos seguintes termos: nos termos do art. 178 da Constituição, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e de Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

A tese recebeu, posteriormente, delimitação relevante. Reconheceu-se, também em repercussão geral, que a aplicação dos limites daquelas Convenções está **adstrita aos casos de indenização**

por danos materiais, fixando-se a tese de que não se aplicam as Convenções de Varsóvia e de Montreal às hipóteses de danos extrapatrimoniais decorrentes de contrato de transporte aéreo internacional.

A distinção é compreensível. O fundamento da prevalência é o art. 178 da Constituição, que determina a observância dos acordos firmados pela União quanto à ordenação do transporte internacional. A limitação tarifária de responsabilidade integra a arquitetura econômica do transporte aéreo e, nessa medida, é matéria de ordenação; a reparação do dano extrapatrimonial, por outro lado, não se submete a essa lógica, atraindo a aplicação do regime geral de responsabilidade.

7.7. Quadro de síntese da hierarquia

Espécie de tratado	Status normativo	Observações
Tratados em geral	Lei ordinária federal.	Submetem-se aos critérios cronológico e da especialidade; fundamentos nos arts. 47, 102, III, "b", e 105, III, "a", da Constituição.
Tratados de direitos humanos aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º	Equivalentes a emenda constitucional.	Três hipóteses até o momento: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo, Tratado de Marraquexe e Convenção Interamericana contra toda forma de discriminação e intolerância.
Tratados de direitos humanos aprovados por rito diverso, antes ou depois da Emenda Constitucional 45/2004	Supralegalidade, posição majoritária; constitucionalidade material, posição minoritária.	Teoria do duplo estatuto; abandonou-se o entendimento de que teriam status de lei ordinária.
Tratados de Direito Tributário	Tendência à supralegalidade.	Art. 98 do Código Tributário Nacional; não há revogação da lei interna, mas suspensão de eficácia quanto às situações alcançadas.
Tratados sobre transporte aéreo internacional	Prevalência sobre a lei interna quanto aos limites de responsabilidade.	Art. 178 da Constituição e Tema 210 de repercussão geral, restrito aos danos materiais.

7.8. Erros frequentes

Afirmação incorreta	Formulação correta
A hierarquia dos tratados no Brasil é uniforme.	Não é uniforme: há três ou quatro possibilidades segundo a matéria tratada, a saber, caráter de lei ordinária, supralegalidade, equivalência a emenda constitucional e, em posição minoritária, status de constitucionalidade material.
A hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil é uniforme.	Há duas ou três possibilidades: supralegalidade, majoritária; constitucionalidade material, minoritária; e equivalência a emenda constitucional, para os aprovados nos termos do art. 5º, § 3º.
Todos os tratados ainda mantêm status de lei ordinária.	Os tratados de direitos humanos não têm mais hierarquia de lei ordinária, e já há jurisprudência atribuindo caráter supralegal aos tratados de Direito Tributário.
Os tratados são supraconstitucionais, nos termos da Convenção de Viena de 1969.	O Brasil não adota nem nunca recepcionou a supraconstitucionalidade.

Afirmação incorreta	Formulação correta
Os tratados de direitos humanos encarnam valores maiores e, por isso, são recepcionados com status supraconstitucional.	Os tratados de direitos humanos não estão acima da Constituição; não se confunde supraconstitucionalidade com supralegalidade.
Depois da Emenda Constitucional 45/2004, todos os tratados de direitos humanos têm status de emenda constitucional.	A emenda desencadeou processo de reavaliação do status desses tratados, mas apenas os aprovados nos termos do art. 5º, § 3º, têm status de emenda constitucional.

8. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS TRATADOS

A submissão dos tratados internalizados ao controle de constitucionalidade é corolário da inexistência de supraconstitucionalidade no ordenamento brasileiro e tem fundamento expresso no art. 102, III, alínea "b", da Constituição.

8.1. Objeto e vias de controle

O objeto do controle é o tratado tal como internalizado, isto é, o decreto de promulgação que o insere na ordem jurídica interna, e não o instrumento internacional em si, cuja validade no plano externo não se submete a jurisdição estatal.

Admitem-se as duas vias. No controle **difuso**, qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar o tratado ao caso concreto por inconstitucionalidade, cabendo recurso extraordinário da decisão que o declare inconstitucional. No controle **concentrado**, o tratado internalizado pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, por integrar o conceito de ato normativo federal.

8.2. Parâmetro de controle

O parâmetro varia conforme o status do tratado, e a articulação com a seção anterior é direta.

Tratado com status de **lei ordinária** submete-se integralmente à Constituição, e sua incompatibilidade com qualquer dispositivo constitucional acarreta invalidade.

Tratado com status **supralegal** também se submete à Constituição, pois situado abaixo dela. A supralegalidade produz, porém, efeito adicional de grande relevância prática: a lei interna incompatível com o tratado supralegal tem sua eficácia paralisada, mesmo sendo formalmente constitucional. É o que ocorreu com a disciplina da prisão civil do depositário infiel, cuja previsão legal, embora amparada em autorização constitucional, foi paralisada pela incompatibilidade com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Tratado com status **equivalente a emenda constitucional** integra o parâmetro de controle, passando a servir de fundamento para a invalidação de normas infraconstitucionais. Submete-se, todavia, ao limite das cláusulas pétreas do art. 60, § 4º, da Constituição, do mesmo modo que qualquer emenda.

> **ATENÇÃO — CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**
>
> A articulação dos dois institutos é tema de incidência crescente e convém formular a distinção com precisão.
>
> O **controle de constitucionalidade** confronta a norma interna com a Constituição. Seu parâmetro é o texto constitucional e, quando existentes, os tratados com status equivalente a emenda constitucional.

O **controle de convencionalidade** confronta a norma interna com os tratados internacionais, notadamente os de direitos humanos. No desenho brasileiro, é viabilizado precisamente pela supralegalidade: a norma interna, ainda que constitucional, deve compatibilizar-se com o tratado supralegal, sob pena de paralisação de sua eficácia.

Os controles são cumulativos, não alternativos. Uma lei pode ser constitucional e inconvencional, e é nesse espaço que o controle de convencionalidade opera com utilidade própria.

8.3. Modalidades do controle de convencionalidade

O controle de convencionalidade desdobra-se em duas dimensões, cuja distinção é tema de incidência crescente em provas de segunda fase e em arguições orais.

O **controle de convencionalidade internacional**, também denominado concentrado, é exercido pelos órgãos internacionais de supervisão, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que confronta a norma interna do Estado com as disposições do tratado e declara a responsabilidade internacional pela manutenção de legislação incompatível.

O **controle de convencionalidade interno**, também denominado difuso ou nacional, é exercido pelos próprios órgãos jurisdicionais do Estado, que deixam de aplicar a norma interna incompatível com o tratado. No desenho brasileiro, essa modalidade é viabilizada pela supralegalidade: a norma interna, ainda que formalmente constitucional, tem sua eficácia paralisada pela incompatibilidade com o tratado situado acima dela.

A doutrina acresce distinção quanto à intensidade. Fala-se em controle de convencionalidade de **matriz nacional** quando o parâmetro é o tratado tal como internalizado e interpretado pelos tribunais domésticos, e em controle de **matriz internacional** quando o parâmetro inclui a interpretação conferida ao tratado pelo órgão internacional de supervisão, hipótese em que a jurisprudência da corte internacional integra o próprio conteúdo da norma de controle.

9. ANTINOMIAS ENTRE TRATADO E LEI INTERNA: CRITÉRIOS DE SOLUÇÃO

Reunidos os elementos examinados, é possível sistematizar os critérios de solução das antinomias entre tratado internalizado e lei interna, que variam conforme o status atribuído ao tratado.

Status do tratado	Critério de solução da antinomia	Resultado
Lei ordinária	Critérios cronológico e da especialidade, como entre duas leis de igual hierarquia.	A lei posterior afasta o tratado anterior, e o tratado especial prevalece sobre a lei geral quanto a seu objeto.
Supralegal	Hierárquico, com paralisação da eficácia da lei interna incompatível.	A lei interna não é revogada nem declarada inconstitucional: tem sua eficácia suspensa enquanto vigorar o tratado.
Equivalente a emenda constitucional	Hierárquico pleno, com o tratado integrando o parâmetro de controle.	A lei interna incompatível é inconstitucional, observado o limite das cláusulas pétreas quanto ao próprio tratado.
Tratado de direitos humanos, em qualquer status, versus lei mais favorável	Princípio pro homine, por força das cláusulas de abertura.	Aplica-se a norma mais favorável à pessoa humana, ainda que seja a interna, sem violação da hierarquia.

Observe-se que o quarto critério não se acumula nem compete com os três primeiros: ele os precede logicamente nas matérias de direitos humanos, porque decorre de norma de interpretação do próprio tratado, hierarquicamente superior à lei interna. Daí a formulação do monismo dialógico examinada acima.

Registre-se, por fim, consequência de ordem prática relevante. Sendo o tratado em geral equiparado à lei ordinária, nada impede que o legislador interno edite norma posterior incompatível, com o efeito de afastar sua aplicação no plano interno. Essa possibilidade, porém, não exonera o Estado no plano externo: subsiste o ilícito internacional e a consequente responsabilidade, nos termos do art. 27 da Convenção de Viena. O caminho juridicamente adequado para desvincular-se de tratado não é a legislação contrária, mas a **denúncia**, examinada no bloco próprio.

10. A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS: NOTA DE REMISSÃO

O procedimento de internalização dos tratados no ordenamento brasileiro, que compreende a assinatura, a aprovação congressual por decreto legislativo, a ratificação e o decreto de promulgação, bem como as controvérsias sobre o momento da vigência interna e sobre a denúncia, será examinado em detalhe no bloco dedicado ao processo de elaboração dos tratados.

Registre-se, por ora, apenas a articulação com o que se examinou neste bloco. A existência de procedimento complexo de internalização foi precisamente o argumento invocado para sustentar a adesão brasileira ao dualismo moderado. Como se demonstrou, o argumento é frágil: o procedimento de internalização responde a exigências de controle democrático e de publicidade, e sua existência não resolve a questão teórica de saber se há uma ou duas ordens jurídicas, nem a questão prática de saber qual norma prevalece em caso de antinomia.

11. SÍNTESE DO BLOCO

A relação entre Direito Internacional e direito interno é disputada entre duas grandes teorias, formuladas no debate alemão do século XIX. Convém separar o plano teórico, que indaga quantas são as ordens jurídicas e qual prevalece, do plano da incorporação, que indaga o procedimento de internalização, pois a confusão entre os dois é a principal fonte de erro na matéria.

O **dualismo** de Triepel assenta-se em dois critérios de distinção, as relações sociais reguladas e as fontes jurídicas, e conclui pela impossibilidade de conflito entre as ordens, descritas como círculos em íntimo contato que jamais se sobrepõem. O pluralismo institucionalista de Santi Romano chega a resultado análogo. A vertente radical exige lei interna para a incorporação, pela teoria da transformação de Laband; a moderada contenta-se com ato formal de internalização, como decreto. As críticas são a inclusão de organizações internacionais e indivíduos entre os sujeitos e a aptidão de normas internas para funcionarem como fontes do Direito Internacional.

O **monismo** parte da unidade do mundo jurídico e admite a antinomia. O nacionalista, de inspiração hegeliana, prestigia a norma interna com base na soberania. O internacionalista radical, de Kelsen, funda a validade das ordens nacionais no princípio da eficácia, que é princípio do Direito Internacional, e identifica a norma fundamental não no *pacta sunt servanda*, mas na norma que aprova o costume internacional como fato criador de normas, daí a fórmula *consuetudo est servanda*. O moderado, de Verdross, nega a invalidade da norma interna contrária e remete a questão à responsabilidade internacional. O dialógico, por fim, admite a prevalência da norma nacional mais favorável ao ser humano, por aplicação do princípio *pro homine*, extraído das cláusulas de abertura do art. 5º, § 2º, da Constituição e do art. 29 da Convenção Americana, sem que isso viole a hierarquia, pois se trata de hierarquia de valores determinada pelo próprio tratado.

O Direito Internacional convencional adotou o monismo internacionalista no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, pelo qual a parte não pode invocar disposições de seu direito

interno para justificar o inadimplemento de tratado, ressalvado o art. 46, que exige violação manifesta de norma de importância fundamental. A assimetria entre os planos é deliberada: o Estado pode licitamente, em seu direito interno, deixar de aplicar o tratado, incorrendo em ilícito internacional.

A posição brasileira é oscilante. Apontam para o monismo internacionalista o art. 178 da Constituição, o art. 98 do Código Tributário Nacional e o art. 85-A da Lei 8.212/1991, todos a determinar a observância do tratado pela legislação posterior. Aponta para o monismo nacionalista o art. 102, III, alínea "b", que admite o controle de constitucionalidade de tratados. Em controle concentrado da década de 1990 sustentou-se, em voto condutor, a adesão ao dualismo moderado, com base na complexidade do procedimento de internalização, mas a conclusão foi *obiter dictum* e o julgamento acabou por decidir apenas o caráter não autoexecutório da convenção examinada. A jurisprudência registra, ainda, posições monistas internacionalistas em matéria tributária e monismo moderado em julgado do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto à hierarquia, o regime brasileiro não é uniforme. Tratados em geral têm status de lei ordinária federal, por força dos arts. 47, 102, III, alínea "b", e 105, III, alínea "a", da Constituição, submetendo-se aos critérios cronológico e da especialidade. Tratados de direitos humanos seguem a teoria do duplo estatuto: equivalem a emenda constitucional se aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º, e são supralegais nos demais casos, independentemente de serem anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional 45/2004. O rito especial foi utilizado em três hipóteses até o momento. Tratados tributários tendem à supralegalidade, com suspensão de eficácia da lei interna, e não sua revogação. Tratados sobre transporte aéreo prevalecem sobre o Código de Defesa do Consumidor quanto aos limites de responsabilidade, conforme o Tema 210 de repercussão geral, restrito aos danos materiais. Não há, em nenhuma hipótese, supraconstitucionalidade, de modo que todo tratado internalizado submete-se ao controle de constitucionalidade, cumulável com o controle de convencionalidade que a supralegalidade viabiliza.