

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD

CÉSAR NEY TEIXEIRA DE OLIVEIRA FILHO

SOBERANIA NACIONAL: CONFLITO DA ORDEM CONSTITUCIONAL COM  
INGRESSO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

SOUSA – PB

2017

CÉSAR NEY TEIXEIRA DE OLIVEIRA FILHO

SOBERANIA NACIONAL: CONFLITO DA ORDEM CONSTITUCIONAL COM  
INGRESSO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa.

SOUSA – PB

2017

CÉSAR NEY TEIXEIRA DE OLIVEIRA FILHO

SOBERANIA NACIONAL: CONFLITO DA ORDEM CONSTITUCIONAL COM  
INGRESSO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa.

Data de aprovação: 16 / março / 2017

Banca Examinadora:

---

Orientadora: Professora Esp. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa

---

Banca Examinadora: Jacyara Farias Souza

---

Banca Examinadora: Maria Marques Moreira Vieira

A Deus, pois até aqui me ajudou.  
À minha família,  
Por sempre acreditar em mim.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus em especial, pela divina proteção dada durante todo o percurso acadêmico.

Aos meus pais, que são minha luz aqui na terra.

Às minhas amadas irmãs.

À minha namorada, que sempre esteve presente nos momentos que precisei.

À minha orientadora Vanina, exemplo de profissional, que prontamente se dispôs a me orientar e com grande esmero, paciência e humildade, me conduziu ao término desse trabalho.

À minha Banca Examinadora que avaliou tecnicamente o meu trabalho de conclusão de curso.

Aos meus professores, por todo conhecimento prestado.

E a todos que, de uma forma ou de outra, contribuíram para a concretização desse sonho.

*A vida é combate,  
que aos fracos abate,  
que os fortes,  
os bravos só pode exaltar.*

(Gonçalves Dias)

## RESUMO

A Soberania corresponde a um elemento constitutivo do Estado, representando no ordenamento jurídico interno o poder supremo a ser exercido e, na ordem jurídica internacional, o equilíbrio necessário para colocar o Estado soberano em patamar de igualdade em relação as outras nações. Diante da importância exercida pela Soberania, o presente trabalho teve como objeto de estudo a relativização que o poder soberano vem sofrendo em relação às normas de ordem internacional. Para a elaboração deste trabalho, foram utilizados: o método de abordagem dedutivo, procedimento histórico-comparativo e exegético-jurídico e a técnica de pesquisa exploratória, que possui caráter teórico, de leituras de livros, artigos científicos e documentos jurídicos que embasam a temática da relativização da Soberania frente aos tratados internacionais. Nesse diapasão, faz-se necessário abordar a influência que os tratados internacionais vêm exercendo na Constituição Federal e nas demais normas do ordenamento jurídico brasileiro. Os tratados internacionais possuem grande relevância na proteção dos direitos e garantias fundamentais do ser humano, nas questões econômicas e políticas. O presente estudo se originou através da seguinte problemática: os conflitos entre o ordenamento jurídico e o direito internacional resultam na flexibilização da Soberania nacional em relação aos interesses internacionais? Visando solucionar eventuais conflitos, foi estabelecido a posição hierárquica que cada espécie de tratado assumiria dentro do ordenamento jurídico pátrio. Deste modo, percebe-se que os Estados tendem a firmar tratados internacionais visando o desenvolvimento conjunto. Porém, este avanço deve ser feito com cautela, a fim de que a Soberania nacional não seja relativizada em favor do interesse individual de determinado Estado.

**Palavras-chave:** Poder Soberano; Conflito; Direito Internacional.

## **ABSTRACT**

The sovereignty corresponds to an element constitutive of the state, representing on intern legal system the supreme power to be exercised and, in international legal order, the balance needed to put the Sovereign State in an equality level regarding to other nations. Front of the importance exercised by the sovereignty, this paper aims to study the relativization that the sovereign power has been suffering considering the international order rules. To elaborate this work were used: the approach of the deductive method, historical comparative procedure, exegetical juridical procedure and the exploratory research technique, which has theoretical character, by reading books, scholar papers and juridical documents which base the relativization of sovereignty thematic front of the international treaties. In that same line, it's corrently necessary to highlight the influence that international treaties have been exercising on Federal Constitution and in other rules of Brazilian legal system. The international treaties have a huge relevance protecting fundamental rights and guarantees, on political and economical topics. The present study originated through the following problematic: the conflicts between the legal and international law result in the relaxation of national sovereignty in relation to international interests? Aiming to solve eventual conflicts, it was established the hierarchy among the treaties and their positions inside the national legal system. This way, we can notice that the Nations tend to firm international treaties hoping for a mutual development. Meanwhile, this advance must be made carefully, in order to national sovereignty do not be relaxed in favor of individual interest of some Nation.

**Keywords:** Sovereign Power. Conflict. International Law.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIações**

Art. – Artigo;

CF/88 – Constituição Federal;

CTN – Código Tributário Nacional;

MERCOSUL – Mercado Comum do Sul;

NAFTA – Tratado Norte Americano de Livre Comercio;

ONU – Organização das Nações Unidas;

STF – Supremo Tribunal Federal.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 AS FEIÇÕES DO ESTADO MODERNO E OS SEUS REFLEXOS NA SOBERANIA.....</b>	<b>12</b>
2.1 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ESTADO .....	12
2.2 A SOBERANIA: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CARACTERÍSTICAS .....	14
2.3 APORTES TEÓRICOS DA SOBERANIA E AUTONOMIA .....	17
2.4 A SOBERANIA COMO FUNDAMENTO DO ESTADO MODERNO E A INFLUÊNCIA NA GLOBALIZAÇÃO .....	19
<b>3 OS TRATADOS INTERNACIONAIS E O STATUS JURÍDICO NO BRASIL .....</b>	<b>22</b>
3.1 APORTE CONCEITUAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS .....	22
3.2 RELAÇÕES CONFLITUOSAS ENTRE TRATADOS INTERNACIONAIS E O DIREITO INTERNO.....	24
3.3 PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	29
3.4 ATOS INTERNACIONAIS QUE ADENTRAM NO ESTADO SEM CONSENTIMENTO.....	31
<b>4 SOBERANIA NACIONAL: CONFLITO DA ORDEM CONSTITUCIONAL COM O INGRESSO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS .....</b>	<b>33</b>
4.1 A SOBERANIA E A SUA CORRELAÇÃO COM O DIREITO INTERNACIONAL.....	33
4.2 RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA E O AVANÇO DO PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO.....	35
4.3 CONSTRUÇÃO DA COMUNIDADE INTERNACIONAL.....	37
4.4 CONFLITOS EPISTEMOLÓGICOS DOS TRATADOS INTERNACIONAIS INSERIDOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A SOBERANIA .....	39
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>43</b>
<b>REFEÊNCIAS .....</b>	<b>45</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Soberania nasce do acordo entre governantes e governados a fim de se dividir os deveres em relação ao Estado e em decorrência disso se concede poderes que possibilitem a conclusão de cada função. Inicialmente a Soberania concentrava-se na mão de um único homem que detinha o centro do poder estatal sobre seu comando, entretanto com as revoluções burguesas do século XVI e diante a estrutura política europeia modificou o modo de se pensar o Estado, criando o conceito de Soberania que é conhecido na atualidade.

Na visão moderna, o monarca, que estava acima das leis, é obrigado a obedecer estas normas e se submeter a julgamentos. Desse modo, a Soberania se torna o maior poder a ser exercido dentro do Estado que tem sob sua tutela todo o ordenamento jurídico e o sistema necessário para que se respeite e aplique as leis. Além de um dever com os cidadãos, o Estado tem o direito de ser soberano em relação a outros países – isto se deve a compreensão de livre determinação dos povos.

Em virtude do fenômeno da globalização vislumbra-se que os acordos firmados nem sempre resultam de um exercício de Soberania, muitas vezes apenas representam a imposição de uma potência internacional em detrimento de um país menos desenvolvido, motivados por interesses políticos e econômicos, em consequência pode ser observado a possível relativização do poder soberano em âmbito internacional.

Em tese, os acordos internacionais deveriam auxiliar os países integrantes na aplicação de suas leis de forma coerente com as melhorias preceituadas no acordo. Entretanto, a realidade vislumbrada em âmbito internacional, muitas vezes apenas corresponde a busca incessante pelo poder de uma nação em detrimento de outra.

Na esfera nacional, diante os conflitos existentes entre a Constituição Federal e outras normas do ordenamento jurídico pátrio, com os tratados internacionais, se faz necessário a existência de mecanismos capazes de solucionar essas relações conflituosas, sendo imprescindível demonstrar a possível relativização do princípio da Soberania em detrimento de uma norma de direito internacional.

Assim, diante dessa celeuma, expõe-se a seguinte problemática: Os conflitos entre o ordenamento jurídico e o direito internacional resultam na flexibilização da Soberania nacional em relação aos interesses internacionais? O objetivo desse estudo é analisar, em linhas gerais, a relativização que o poder soberano vem sofrendo em relação às normas de ordem internacional.

Na elaboração desse trabalho, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo, procedimento histórico-comparativo e exegetico-jurídico e a técnica de pesquisa exploratória, que possui caráter teórico, de leituras de livros, artigos científicos e documentos jurídicos que embasam a temática da relativização da Soberania frente aos tratados internacionais.

Assim, este trabalho que buscar analisar o referido tema proposto divide-se em três capítulos. O capítulo inaugural terá como foco de estudo a Soberania como elemento constitutivo do Estado, onde será abordada a sua evolução histórica, características e o seu exercício no Estado Moderno.

O segundo capítulo terá como foco de estudo os tratados internacionais, sendo abordado o seu aporte conceitual, em âmbito nacional e internacional, o processo de incorporação dos tratados dentro ordenamento jurídico pátrio, conflito entre as normas de direito nacional e internacional, as formas de solução desses conflitos, em que, será finalizado com os atos internacionais que adentram no Estado sem consentimento.

O último capítulo será finalizado com a abordagem do exercício do poder soberano frente as normas de ordem internacional, demonstrando que em virtude do fenômeno da globalização muitas vezes a Soberania se encontra relativizada. Posteriormente, serão abordados os conflitos entre as normas de ordem interna e os tratados que foram celebrados pelo Brasil, fazendo uma breve análise se o poder soberano nesse caso se encontra ou não relativizado.

## 2 AS FEIÇÕES DO ESTADO MODERNO E OS SEUS REFLEXOS NA SOBERANIA

Nesse primeiro capítulo, analisar-se-á a estrutura do Estado e a Soberania, sendo inicialmente abordado os elementos constitutivos do Estado e as suas principais características. Oportunamente, abordar-se-á os diversos aspectos da Soberania, dentre eles, a sua evolução histórica, suas características, a distinção entre Soberania e autonomia, bem como o poder soberano exercido no Estado moderno.

### 2.1 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ESTADO

A estrutura do Estado divide-se em três elementos: Soberania, território e povo. A união de todos simultaneamente constitui o Estado Moderno. Logo, para que se possa compreender este modelo de Estado faz-se necessário apresentar os seus três fundamentos constitutivos.

De acordo com Bondin (1583 *apud* Dallari 2005), a Soberania é conceituada como um poder absoluto e perpétuo. Absoluto no sentido de não ser limitado por cargos, algum outro poder e nem mesmo pelo tempo. As únicas limitações à Soberania seriam as leis divinas e naturais. Quanto ao perpétuo, refere-se principalmente ao portador da Soberania, caso este receba a Soberania por tempo determinado e seus atos soberanos tem o poder por tempo de certa duração não poderá ser chamado de soberano, pois será um guarda do poder ou um depositário.

A conceituação inicial do termo Soberania demonstra a influência religiosa intrinsecamente ligada ao poder, característica comum nas sociedades do século XVI, o que posicionava o rei como um escolhido por Deus para governar e que deveria sempre seguir as leis divinas. Entretanto, essa união entre a igreja e o poder secular começa a ruir com a ascensão da classe burguesa ao poder, enquanto a nova sociedade, começava a questionar o poder soberano na figura exclusiva do monarca absolutista (DALLARI, 2005).

No século XVIII, com a influência das revoluções burguesas acontecendo em toda Europa, é transferida a titularidade do poder soberano da pessoa do soberano para o povo e caracterizando o poder soberano sobre uma nova perspectiva. Rousseau caracterizava o poder como uno inalienável e indivisível,

buscando limitar o poder do soberano, que não poderia ultrapassar as convenções gerais que caracteriza o povo representado por este (ROUSSEAU, 2006).

Este pensamento influenciou vários movimentos contra o poder absolutista e também criou no imaginário popular a ideia de que a Soberania está com o povo e que o monarca é apenas um representante do povo. A partir disso foi criado o conceito de Estado moderno, principalmente no século XIX e apenas a Soberania não era o suficiente para caracterizar um Estado.

O Estado Moderno pode ser considerado como a união entre Soberania, território e povo. Apesar de o termo Soberania já está consolidado na sociedade europeia e servir de argumento, inclusive, para a colonização, o conceito de território e povo ainda não estava totalmente esclarecidos (KELSEN, 2000).

O segundo elemento a ser apresentado é o território. De acordo com Rosa (1998) tem como uma parte delimitada de superfície da terra, que é apropriada para a permanência das pessoas, e, portanto, delimitam uma área especial de domínio em face de outros Estados (princípio territorial). Entretanto, além de mero espaço terrestre o território compreende o espaço aéreo a cima do espaço terrestre e também o espaço marítimo que acompanha o território terrestre.

Compreende-se que o território é o limite físico para a Soberania de um Estado, ou seja, o conceito de Soberania e território estão ligados de tal forma, que a conceituação de território não se faria necessária senão pela delimitação do espaço em que a Soberania de determinado Estado possa atuar livremente.

O terceiro elemento do Estado moderno é o povo, é para ele que o Estado se forma. Segundo Bonavides (2010), o conceito jurídico do povo é recente, mas a sua origem está na Grécia Antiga, onde o povo possuía ligação com os direitos e deveres em relação ao Estado, ou seja, povo é o conjunto de pessoas que mantém uma relação jurídica com o Estado passível de direitos e deveres.

Tal premissa é confirmada por Kant (1797, p. 158), ao preceituar que:

E não se pode dizer: o ser humano num Estado sacrificou uma parte de sua liberdade externa inata a favor de um fim, mas, ao contrário, que ele renunciou inteiramente à sua liberdade selvagem e sem lei para se ver com a sua liberdade toda não reduzida numa dependência às leis, ou seja, numa condição jurídica, uma vez que esta dependência surge de sua própria vontade legisladora.

De acordo com esse raciocínio, o homem abdica de possuir a liberdade natural que lhe é inerente, e diz respeito a natureza instintiva do ser humano, para

adquirir a liberdade jurídica, que impõem limites em face da vontade coletiva, envolvendo questões racionais, morais e filosóficas, tendo por consequência um bom convívio em sociedade.

Também se percebe a necessidade de se diferenciar o conceito de povo e nação, para a melhor compreensão desse elemento constitutivo do Estado. Segundo Reale (2000, p. 158), “[...] nação é o termo utilizado para indicar origem em comum relativo a laços históricos e culturais”.

Nesse quadro, o conceito de nação se refere à língua falada, religião e, em alguns casos, à etnia, enquanto que o povo está condicionado a relação jurídica do Estado, ou seja, o elemento constitutivo do Estado Moderno relaciona-se com direitos e deveres do povo e não necessariamente a sua origem ou identidade nacional.

## 2.2 A SOBERANIA: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CARACTERÍSTICAS

Verifica-se que o nascimento da Soberania teve a sua origem em decorrência da luta e da defesa do poder, em razão dessa premissa é possível observar que em vários momentos da história o conceito e características da Soberania estiveram presentes, uma vez que, a busca pelo poder não é algo estanque, é algo inerente a existência da sociedade.

Durante a Grécia e Roma antiga, em virtude de a concepção estatal ser inexistente, o poder soberano era desconhecido, uma vez que, a Soberania tem origem no próprio Estado (GUERRA, 2004).

É possível observar que a Soberania nasceu diante da necessidade que o Estado possui em manter o seu poder, em razão das ameaças externas que sofria. Confirmando tal raciocínio, Pereira (2002, p.18) preceitua que “[...] de fato, na Antiguidade não vai encontrar o conceito ou a utilização do instituto por não haver formas outras de ofensa a supremacia do poder estatal [...]”.

O termo Soberania inicialmente estava ligado a um sistema hierárquico, no qual um homem fala por todo um povo e suas possíveis colônias, neste sentido o imperador era soberano, pois determinava a vontade de todos aqueles que comandava e estava inclusive a cima da lei. Nesse período, o poder soberano era compreendido como a relação de poder entre classe dominante e dominado (Guerra, 2004).

O primeiro conceito sobre Soberania que merece destaque foi elaborado por Bondin (1576, *apud* PEREIRA, 2002, p. 21), afirmando que “República é um governo justo de muitas famílias, e dos que são comuns, como poder soberano. A Soberania é o poder absoluto e perpétuo da república”. Nessa fase histórica, e de acordo com esse entendimento de Soberania, não se fazia possível a existência do exercício do direito internacional como é vislumbrado nos dias de hoje.

Com as revoluções burguesas do século XVI e a globalização oriunda das grandes navegações, as leis seriam obedecidas inclusive pelo monarca que seria submetido a julgamento como qualquer outro cidadão. Neste aspecto, a Soberania encontra-se dissipada no próprio Estado e não mais em um único homem. Conforme preceitua os ensinamentos de Nohmi (2003, p. 10), ensina-se que:

À soberania nacional pertence ao povo, podendo outorga-la a um governo ou dirigente, retomando-a quando houver abuso em tal delegação”. No âmbito do Direito Internacional Público, a soberania era percebida pela analogia: “homens livres - Estados livres.

Nesse momento histórico, observa-se o nascimento de uma coexistência entre os ordenamentos jurídicos internacionais, sendo de suma importância para que estes Estados vivam em harmonia, que o poder soberano de cada ente internacional se limite ao seu próprio território, respeitando assim o poder soberanos dos outros países, e apenas interferindo quando esse poder lhe for outorgado.

A globalização e a transição do poder monárquico à classe burguesa não ocorreram de maneira equânime em todo o mundo e, em decorrência disso, tratados internacionais entre as nações a fim de se unificarem e conseguirem segurança jurídica sobre tais acordos surgiram. Diversas foram estas tentativas de se unificar as leis internacionais a fim de se garantir o direito para seus países e segurança jurídica como, por exemplo, Convenção de Viena, Convenção de Havana sobre Tratados e Declaração Universal dos Direitos Humanos (DALLARI, 2005).

No mesmo sentido Vignali (1995) utiliza como exemplo as comunidades europeias, que muitas vezes não apenas abdicou de seu poder de decisão, mas criou órgãos supranacionais que possuem decisões autônomas nas instituições políticas do governo. Nesses casos, é renunciada a Soberania individual de um Estado, que desaparece em sua forma independente, e um conjunto de países assumirá a qualidade de novo indivíduo na esfera internacional, sendo criado um novo poder soberano que vai ser compartilhado por todos esses Estados.

De acordo com o que foi demonstrado, os Estados que sejam regidos pelo direito comunitário estão submetidos a obediência de certas normas, pois transferiram, ainda que parcialmente, certos poderes pertencentes a Soberania do seu Estado para o grupo que integraram. Tal sistemática pode ser vislumbrada como um exercício de vontade, porém, deve ser analisado se essa comunidade internacional sempre vai preservar o bem-estar de todos os integrantes do grupo, sem mitigá-los em benefício de uma nação mais desenvolvida economicamente.

A Soberania corresponde ao poder supremo que um Estado possui, hierarquicamente superior a qualquer outro que esteja presente dentro dessa esfera de aplicação. O poder soberano tem como atribuição comandar todos os aspectos que envolvam os que são subordinados por ele, e manter o Estado em mesma posição hierárquica ocupada por outros países nas relações internacionais.

Muitas são as características apresentadas pela Soberania, dentre elas, ser uma, indivisível, inalienável e imprescritível. Compreende-se como uma, pois não pode coexistir duas soberanias em um mesmo território e referente a um mesmo povo, porque, se ambas as soberanias não igualitárias em hierarquia uma necessariamente exclui a outra, por tratarem do mesmo assunto, do mesmo território e do mesmo povo. Entretanto, quando um país assume um compromisso internacional ele se obriga a mitigar sua Soberania a fim de coexistir com as demais nações criando assim uma relativização da Soberania. (DALLARI, 2005).

Via de regra, esta mitigação não representa um perigo real a unicidade do Estado, pois é criada a partir da própria vontade do Estado e está atrelada a capacidade do Estado arcar com seus compromissos e o nível de confiança deste no cenário internacional. Impossibilitando a existência de duas soberanias no mesmo território.

Quanto à indivisibilidade, refere-se como consequência lógica à característica da unicidade, pois um Estado não pode ter duas soberanias em um mesmo território, como destacou Machado (1997). Entretanto, isto não é óbice à divisão dos poderes por indivíduos ou órgãos do Estado, como se observa no artigo 2º da Constituição Federal de 1988 que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Desse modo, percebe-se que a indivisibilidade está posicionada quanto à impossibilidade de coexistir duas soberanias em um mesmo território e não quanto à

subdivisão de suas funções ou atribuições que são divisíveis internamente pelo próprio Estado Soberano.

Inalienável, pois não pode ser cedida, vendida, concedida ou afins a outro Estado, caso contrário seria uma afronta à autodeterminação dos povos e imprescritível, pois não seria realmente superior caso fosse limitada por um determinado prazo (DALLARI, 2005).

Outras características podem ser elencadas dentre elas: ser originária, exclusiva, incondicionada e coativa. É originária em virtude de nascer no mesmo momento em que o próprio Estado nasce. O caráter exclusivo se dar em razão de apenas o Estado possui-la. É considerada incondicionada, em razão dos seus limites só serem postos pelo próprio Estado Soberano. Por fim, possui característica coativa pois o Estado ao mesmo tempo que ordena, dispõe de recursos para que suas ordens se efetivem. (ZANZUCCHI, 1948 *apud* DALLARI, 2005).

A supremacia que atua dentro dos limites do Estado exercida pelo poder soberano é outra característica que merece destaque. Tal característica é preceituada por Reale (2000, p.127) que trouxe a Soberania como sendo o “[...] poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro do seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de conveniência”.

Conforme as características acima apresentadas, observa-se que a Soberania do Estado está diretamente vinculada ao poder que este possui de se autodeterminar, tanto em âmbito nacional como na esfera internacional, corresponde ao único poder supremo exercido pelo Estado, podendo ser considerado em âmbito nacional como o poder do povo no qual o próprio povo se encontra submetido. E na esfera internacional é responsável por manter todos os Estados em patamar de igualdade, onde não deve existir submissão de um perante o outro.

### 2.3 APORTES TEÓRICOS DA SOBERANIA E AUTONOMIA

A conceituação de Soberania e autonomia não podem ser confundidas. A Soberania corresponde ao poder do Estado, que é essencialmente ilimitado, em razão disso, um Estado soberano não pode ser considerado inferior a outro Estado, colocando-os em patamar de igualdade. Em âmbito nacional, atua em caráter de superioridade, podendo ser considerado o maior poder a ser exercido dentro daquele território. A autonomia estar relacionada com o poder de autodeterminação,

no Estado soberano podem ser considerados autônomos as unidades agregadas, dentre elas, os estados-membros, que são componentes autônomos regidos e limitados pela única Soberania existente no Estado.

De acordo com o que disciplina Bastos (2002, p. 473 - 474):

Soberania é o atributo que se confere ao poder do Estado em virtude de ser ele juridicamente ilimitado. Um Estado não deve obediência jurídica a nenhum outro Estado. Isso o coloca, pois, numa posição de coordenação com os demais integrantes da cena internacional e de superioridade dentro do seu próprio território, daí ser possível dizer da soberania que é um poder que não encontra nenhum outro acima dela na arena internacional e nenhum outro que lhe seja nem mesmo em igual nível na ordem interna. A autonomia, por outro lado, é a margem de discricção de que uma pessoa goza para decidir sobre os seus negócios, mas sempre delimitada essa margem pelo próprio direito. Daí porque se falar que os Estados-Membros são autônomos, ou que os municípios são autônomos: ambos atuam dentro de um quadro ou de uma moldura jurídica definida pela Constituição Federal. Autonomia, pois, não é uma amplitude incondicionada ou ilimitada de atuação na ordem jurídica, mas, tão-somente, a disponibilidade sobre certas matérias, respeitados, sempre, princípios fixados na Constituição.

É importante destacar que os estados-membros, ainda que detentores de autonomia, estão submetidos ao poder soberano Estatal, que é considerado pelo dispositivo jurídico maior como o fundamento do Estado Democrático de Direito. Os estados membros podem se organizar juridicamente sem interferência de uma autoridade maior, mas necessitam estar em perfeita harmonia com a Constituição Federal.

Embora o poder soberano conceda parte do seu poder ou autoridade para que os estados-membros gozem de autonomia, seja qual for a quantidade de poder concedido, a Soberania não concede tanto que não retenha uma maior quantidade para si. (DALLARI, 2005).

Considerar Soberania e autonomia como definições distintas não é um posicionamento unânime, sendo que, nessa concepção, a Soberania seria vista como o poder a ser exercido pelo Estado de forma interna, alcançando as pessoas e coisas dentro do seu próprio território, limitando-se a sua própria jurisdição, e a autonomia seria exercida em âmbito internacional, sendo manifestada através da liberdade que é dada ao Estado para atuar na comunidade de forma independente e equânime (LITRETO, 2001).

O exercício do poder soberano não pode ser restringido a simples atuação em âmbito nacional, pois em decorrência da crescente quantidade de relações estatais a nível internacional, “as nações integram uma ordem continental, e, dentro

dessa ordem superior, o poder de autodeterminação de cada um limita-se pelos imperativos da preservação e da sobrevivência das demais soberanias" (MALUF, 2010, p. 38).

Nas relações internacionais entre os Estados não se busca o respeito e igualdade em razão do simples exercício de autonomia, haja vista que a atuação do poder soberano na esfera internacional é primordial para que um Estado não se submeta aos interesses de outro.

#### 2.4 A SOBERANIA COMO FUNDAMENTO DO ESTADO MODERNO E A INFLUÊNCIA NA GLOBALIZAÇÃO

Constitucionalmente assegurado como fundamento da República Federativa do Brasil percebe-se a importância e necessidade da Soberania para o Estado em si. Esta importância se dá em parte pelo conceito recente e moderno de Estado criado e consolidado após a Revolução Liberal Inglesa ocorrida no século XVII que influenciou a formação deste modelo de Estado em todo o mundo.

Influenciado por este conceito, o Brasil desde sua primeira Constituição de 1824 já demonstrava sua Soberania, que figurava também no artigo primeiro: "O IMPERIO do Brazil é a associação Política de todos os Cidadãos Brasileiros. Elles formam uma Nação livre, e independente, que não admite com qualquer outro laço algum de união, ou federação, que se oponha á sua Independência". A Soberania, deste modo, encontrava-se dissipada nos termos "livre e independente" colocando o Brasil em posição hierárquica equivalente aos demais Estados. Esta posição de destaque da Soberania nacional se repete em todas as demais Constituições Brasileiras.

Nesse cenário, Rezek (2011, p. 259) ressalta que:

O fato de encontrar-se sobre certo território bem delimitado com população estável e sujeita à autoridade de determinado governo não basta para identificar o Estado enquanto pessoa jurídica de direito das gentes: afinal esses três elementos se encontram reunidos em circunscrições administrativas variadas, em províncias federadas como a Califórnia e o Paraná, até mesmo em municípios como Diamantina ou Buenos Aires. Identificamos o Estado como seu governo não se subordina a qualquer autoridade que lhe seja superior, não conhece, em última análise, nenhum poder maior de que dependam a definição e o exercício de suas competências, e só se põe de acordo com seus homólogos na construção da ordem internacional e na fidelidade dos parâmetros dessa ordem, a partir da premissa de que aí vai um esforço horizontal e igualitário de coordenação no interesse coletivo.

Desse modo, percebe-se que a Soberania é o instituto delimitador do poder do Estado que se restringe a organizar jurídica e politicamente determinado povo em determinado território de maneira constante, sendo que não há sobre ele nenhum instituto hierarquicamente superior e que os demais Estados soberanos sejam de igual posição hierárquica em relação a este.

De acordo com essa premissa, Reale (2000, p.139) preceitua:

Soberania é tanto a força ou o sistema de forças que dá nascimento ao Estado Moderno e preside o seu desenvolvimento, quanto à expressão jurídica dessa força no Estado constituído segundo os imperativos éticos, econômicos, religiosos etc., da comunidade nacional, mas não é nenhum desses elementos separadamente: a soberania é sempre sócio – político – jurídica, ou não é soberania. É esta necessidade que nos permite considerar concomitantemente os elementos da soberania que nos permite distingui-la como uma forma de poder peculiar ao estado Moderno

Além disso, este pensamento encontra-se positivado na Carta da ONU que diz, em seu art. 2º, § 1º, que a organização “é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros”, e também, na Carta da OEA, art. 3º, f, que “a ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, Soberania e independência dos Estados”. Consolidando assim, a posição de privilegio da Soberania não apenas no âmbito interno nacional, mas de relevante conteúdo internacional.

Entretanto, apesar do valor indiscutível da Soberania para o desenvolvimento das nações, novas teorias pretendem relativizar e abolir este princípio fundamentando-se em doutrinas globalizadoras e neoliberais que vislumbram a aniquilação da Soberania afim de alcançar objetivos econômicos aos quais a Soberania nacional representa um obstáculo a ser superado.

Como bem ressalta Bonavides (2010, p. 35):

A base da justificativa dessa pretensão aniquiladora daquele conceito consiste em apontar uma realidade distinta, imposta por novos modelos associativos de mútua interdependência estatal, os quais, para ganharem eficácia e prevalência na conjuntura globalizadora, buscam a todo transe remover e apagar e amortecer o conceito de soberania. E tais diligências destrutivas da autodeterminação das Nações se fazem com muito empenho, porque a soberania nacional é óbice à soberania dos mercados.

Nesse quadro, percebe-se que a Soberania além de fundamentar e caracterizar o Estado moderno é também o alicerce para a construção de um direito

internacional justo e igualitário, entretanto a pretensão de sua mitigação no âmbito econômico representa um problema atual e concreto que dificulta a superação da posição de país subdesenvolvido, apesar das conquistas ampliadas pela mesma situação quando referente aos direitos humanos, matéria que será analisada durante o percurso deste trabalho.

### 3 OS TRATADOS INTERNACIONAIS E O STATUS JURÍDICO NO BRASIL

Nesse capítulo, analisar-se-á os tratados internacionais, desde a sua evolução histórica e aporte conceitual, na esfera nacional e em âmbito internacional, até o processo de incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

Oportunamente, abordar-se-á os conflitos entre as normas de direito nacional e internacional, apresentando as teorias utilizadas para solucionar essas relações conflituosas, além da posição hierárquica que cada espécie de tratado assume dentro do ordenamento jurídico pátrio, bem como os casos em que os tratados internacionais podem ser declarados inconstitucionais.

#### 3.1 APORTE CONCEITUAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Os tratados internacionais podem ser considerados a principal fonte do direito internacional, que surgiu através da necessidade da coexistência dos diversos ordenamentos jurídicos que regem os Estados soberanos. Em um mundo alcançado pelo fenômeno da globalização, no qual as pessoas estão cada vez mais próximas, surgem novas interações e conflitos que devem ser resguardados e solucionados.

De acordo com o contexto histórico, os acordos firmados pelos Estados na antiguidade foram regidos por regras consuetudinárias, sendo utilizado principalmente a relação de respeito mútuo ao se firmar um acordo (*pacta sunt servanda*), dentre outros princípios gerais, como o da boa-fé das partes e o livre consentimento. Com a evolução da sociedade, a busca por normas mais precisas, e em consequência uma maior segurança jurídica, os tratados substituíram o costume em relação aos dispositivos de ordem internacional (REZEK, 2011).

Muitas são as características e elementos que constituem os tratados, tais como: regulação pelo Direito Internacional Público, acordo de vontade, forma escrita, elaboração por Estados ou organizações internacionais e disposição sobre temas de interesse comum. Os tratados internacionais poderiam ser considerados como um elemento de conexão, que, em virtude do fenômeno da globalização, possui a função de unir laços sociais, culturais e econômicos, realizando a integração dos países em esfera internacional (ARIOSI, 2000).

De acordo com Rezek (2011, p. 14) Tratado seria “todo acordo formal concluído entre sujeitos de Direito Internacional Público, e destinado a produzir efeitos jurídicos, sendo em si mesmo, um simples instrumento”.

A Convenção de Viena (1969), responsável por disciplinar os direitos dos tratados, trouxe em seu artigo 2, alínea “a”, uma definição para esse instrumento jurídico, “‘tratado’ significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”. É importante observar que a Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados foi ratificada pelo direito brasileiro, mas com reserva aos artigos 25 e 66. A supraconstitucionalidade dos tratados que vem expressa em algum dos dispositivos dessa convenção não é adotada pela nossa jurisprudência, sendo assim demonstrado no decorrer do texto. De acordo com Mazzuoli (2011, p. 134):

Pode-se então dizer que, atualmente, a vida internacional funciona quase que primordialmente com base em tratados, os quais ‘exercem, no plano do direito internacional, funções semelhantes às que têm no Direito interno as leis (caso em que se fala estar diante dos tratados normativos) e os contratos (dizendo-se, neste caso, tratar-se dos assim chamados tratados-contrato), regulamentando uma gama intensa de situações jurídicas nos mais variados campos do conhecimento humano [...].

Os tratados são declarações pactuadas com caráter essencialmente político e não vinculantes. Por serem considerados fontes do direito, geram efeitos jurídicos, e como tal, criam, modificam, extinguem direitos e obrigações. Ao serem pactuados pelas partes, possuem caráter obrigatório, uma vez que o seu não cumprimento possibilita a aplicação de sanções. A entrada em vigor de um tratado vincula os seus integrantes não apenas para questões internacionais, mas também na esfera interna, por gerarem obrigações a serem cumpridas dentro do território estatal ou até podendo ser incorporados em sua totalidade (PORTELA, 2015).

De acordo com a definição de Rousseau (1961, p. 53), “o tratado internacional impõe uma regra de conduta obrigatória para os Estados signatários: trata-se de um princípio reconhecido pela prática internacional”.

Em razão da natureza não vinculante dos tratados internacionais, a sua celebração por parte de um Estado pode ser considerada com um verdadeiro exercício de autonomia e Soberania, já que um Estado soberano não é obrigado a pactuar conforme estabelece o direito internacional. De acordo com a concepção

jurídica, a Soberania é entendida como poder supremo, onde não se admite limitações, exceto quando realizada voluntariamente pelo Estado, como pode ser observado nos casos dos tratados internacionais (SILVA, 2001).

Porém, este exercício de Soberania pode ser relativizado em razão do caráter político dos tratados, no qual um Estado menos desenvolvido, ainda que soberano possa se ver obrigado a se vincular a este ato internacional. Além disso, os efeitos internacionais dos tratados podem mitigar a Soberania de um Estado que nem mesmo aceitou se vincular. Nesse sentido, Portela (2015, p. 92):

Os tratados com efeitos limitados às partes são a regra no Direito das Gentes, dentro do qual, como é sabido, prevalece o entendimento de que as normas internacionais vinculam apenas os sujeitos que concordaram em se submeter a elas. Entretanto, há acordos que podem se aplicar também a Estados que não o celebraram, como é o caso da Carta das Nações Unidas, cujas as normas de manutenção da paz e da segurança internacional podem gerar ações contra Estados que representem ameaça à estabilidade regional ou mundial, ainda que não sejam parte da Carta da ONU.

Diante desse quadro, não se busca retirar a importância que os tratados relativos aos direitos humanos possuem, apenas interessa demonstrar que o poder soberano de um Estado não está sendo respeitado se este é punido em razão do descumprimento de um dispositivo internacional que não aceitou participar ou até mesmo foi excluído.

### 3.2 RELAÇÕES CONFLITUOSAS ENTRE TRATADOS INTERNACIONAIS E O DIREITO INTERNO

A relação entre o direito internacional e o direito nacional nem sempre é harmoniosa, e nos casos em que essas normas entram em conflito, a solução é estabelecida através dos critérios a serem determinados por cada Estado, que podem resguardar as suas normas internas ou optarem por fazer prevalecer normas internacionais.

Duas correntes foram elaboradas para tentar esclarecer questões teóricas da norma interna frente a norma de direito internacional, podendo ser apresentada a teoria monista, desenvolvida por Rudolf Von Ihering, e a teoria dualista, que são adotadas pelos Estados, sendo determinantes para o estudo de incorporação dos tratados internacionais e sua posição hierárquica.

A teoria monista preceitua a existência de um ordenamento jurídico unificado, onde as normas de direito nacional e internacional compõem o mesmo sistema jurídico e são advindas de uma mesma norma fundamental que rege as atividades sociais realizadas pelos Estados, organizações sociais e pelos indivíduos que fazem parte deste contexto (KELSEN, 2000).

Nas hipóteses de conflitos entre as normas de ordem interna e de ordem internacional a teoria monista se subdivide em duas: O monismo como prevalência do direito interno e o monismo como prevalência do direito internacional, conforme preceitua Kelsen (1999, p. 233):

O direito internacional tem de ser concebido, ou como uma ordem jurídica delegada pela ordem jurídica estadual e, por conseguinte, como incorporada nesta, ou como uma ordem jurídica total que delega as ordens jurídicas estaduais, supra-ordenadas a estas e abrangendo a todas como ordens jurídicas parciais. Ambas estas interpretações da relação que intercede entre Direito estadual e Direito internacional representam uma construção monista. A primeira significa o primado da ordem jurídica de cada estado, a segunda traduz o primado da ordem jurídica internacional.

Para a teoria dualista, o direito internacional e o direito interno são ordens jurídicas distintas e independentes, com relações sociais distintas. Para esse sistema, as duas esferas jurídicas são igualmente válidas, possuindo fontes e normas que não se influenciariam, logo não poderia existir conflito entre esses dois ordenamentos jurídicos. Em razão dessa independência, um tratado internacional apenas poderia regular uma questão interna se devidamente incorporado a este ordenamento jurídico (MAZZUOLI, 2011).

Na esfera internacional é defendida a hierarquia da norma internacional sobre a norma nacional. Sendo consagrado principalmente no dispositivo trazido pela Convenção de Viena (1969), que disciplina o direito dos tratados, onde, conforme o seu artigo 27: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado [...]”.

Entretanto, os Estados possuem a liberdade de autodeterminar se suas normas internas devem ou não prevalecer em face das normas internacionais. Em razão do exercício da Soberania a maioria dos Estados ao determinarem como vão recepcionar os tratados internacionais, optam por fazer prevalecer seu ordenamento jurídico, seja de forma total ou parcial.

O Brasil, na Constituição Federal de 1988, não determinou qual corrente adotou para disciplinar as relações do direito internacional com o direito nacional,

sendo disciplinado através das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e por estudos doutrinários, onde é possível observar que não existe um tratamento uniforme para os tratados, sendo distinguidos através do conteúdo ou forma de elaboração.

Para melhor compreender parte da posição hierárquica dos tratados internacionais, e assim apresentar uma solução para eventuais conflitos com a nossa norma interna, é importante observar o julgado do Supremo Tribunal Federal que expressa o posicionamento dessa corte até os dias atuais:

[...] SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional. [...] PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. - O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio pacta sunt servanda, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno. [...]

(STF - ADI: 1480 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 26/06/2001, Data de Publicação: DJ 08/08/2001 PP-00003)

Diante do exposto, em razão de eventual conflito entre a Magna Carta e um tratado internacional, o ordenamento jurídico preza pela norma fundamental do Estado, ainda que em desconformidade com o posicionamento defendido pelo direito internacional.

A carta constitucional de um Estado soberano é o ápice de todo o seu ordenamento jurídico, o seu próprio fundamento, diante de tamanha importância, o Estado raramente desprezaria sua segurança e estabilidade ao considerar um ato internacional superior (REZEK, 2011).

De acordo com a jurisprudência vigente, os tratados ou convenções internacionais ao adentrarem em nosso ordenamento jurídico, em regra, são colocados no mesmo patamar hierárquico das normas infraconstitucionais, onde não podem disciplinar matérias restritas à lei complementar, passando a assumir natureza e hierarquia de lei ordinária – comuns, e nos casos de eventuais conflitos, o critério a ser utilizado será o cronológico, ou nos casos em que é permitido o critério de especialidade.

O artigo 102, inciso III, alínea “b”, da CF/88 reafirma o caráter infraconstitucional dos tratados internacionais, ao preceituar que os mesmos estão sujeitos ao controle de constitucionalidade.

É importante observar, que diante de conflitos entre normas de direito nacional e internacional, estas normas podem ser derogadas, no entanto, a responsabilização do Estado em face do descumprimento pode ocorrer, independente se esse descumprimento foi gerado por total incompatibilidade entre as normas infraconstitucionais ou até mesmo com a própria Carta Magna (PORTELA, 2015).

Em regra, os tratados internacionais possuem natureza de lei ordinária e assumem essa posição hierárquica frente a outros dispositivos. Porém, os tratados que versam sobre os direitos humanos e sobre questões de ordem tributária possuem posições hierárquicas distintas.

Em relação à hierarquia dos tratados que versam sobre direitos humanos, estes possuíam o mesmo processo de incorporação dos tratados em geral, e por esse motivo, por muito tempo existiam muitas discussões acerca do caráter hierárquico desses tratados.

Os tratados de direitos humanos, recebem um tratamento especial por versarem sobre a dignidade do homem que está expressamente consagrada em

dispositivo constitucional, elencada como um direito fundamental, de acordo com o seu art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988.

Muitas foram as controvérsias em relação à hierarquia desta espécie de tratado, e apenas com o advento do parágrafo 3º, do art. 5º da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional número 45, de 2004, foi consolidada a possibilidade de os tratados internacionais sobre direitos humanos alcançarem dentro do ordenamento jurídico uma posição hierárquica superior, o dispositivo trouxe um procedimento especial para a aprovação de tratados sobre direitos humanos, e uma vez cumpridos os requisitos eles serão considerados equivalentes a Emendas Constitucionais.

As normas internacionais que versam sobre a dignidade humana que são ratificadas pelo Brasil, em regra, são considerados inferiores hierarquicamente à Constituição Federal e superiores as leis infraconstitucionais, adquirindo natureza jurídica da suprallegalidade, não podendo ser revogados por uma lei ordinária posterior, esse entendimento foi consolidado no Recurso Especial 466-343/SP, proferido no ano de 2006, de acordo com o voto do ministro Gilmar Mendes (MAZZUOLI, 2011).

Para Portela (2015), é de suma importância observar que mesmo as normas que versam sobre direitos humanos podem ser submetidas ao controle de constitucionalidade, as supraleais por estarem hierarquicamente abaixo da Constituição Federal, e as que possuem natureza de emenda constitucional por não poderem violar o que preceitua as cláusulas pétreas.

Outra especificidade em relação a hierarquia dos tratados internacionais diz respeito a matéria de ordem tributária, que possuem natureza econômica, e por muito tempo prevaleceu no ordenamento jurídico pátrio o entendimento que os tratados de Direito Tributário entrariam em vigor no Brasil como uma lei comum, em razão do posicionamento dos tribunais sobre a hierarquia dos tratados, ainda que no Código Tributário Nacional (CTN) disciplinasse a suprallegalidade destes por meio do seu art. 98: “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela lei que lhes sobrevenha”.

Mesmo que não pacificado pela jurisprudência, os tratados que versem sobre matéria tributária já são considerados hierarquicamente como normas supraleais, conforme os julgados dos Recursos Extraordinários 229.096/RS e 460.320/PR do Supremo Tribunal Federal, sendo importante destacar que essas

normas ainda podem ser submetidas a controle de constitucionalidade (PORTELA, 2015).

Ainda sobre essa matéria é importante observar o julgado do Supremo Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PREVALÊNCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS TRIBUTÁRIOS SOBRE A NORMA DE DIREITO INTERNO. CONCEITO DE LUCRO. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. EMPRESA COM SEDE NA ESPANHA E SEM ESTABELECIMENTO PERMANENTE INSTALADO NO BRASIL. TRATADO TRIBUTÁRIO CELEBRADO ENTRE A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E O REINO DA ESPANHA. Decreto 76.975/76. COBRANÇA DE TRIBUTOS QUE DEVE SER EFETUADA NO PAÍS DE ORIGEM (ESPANHA). RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior orienta que as disposições dos Tratados Internacionais Tributários prevalecem sobre as normas jurídicas de Direito Interno, em razão da sua especificidade, ressalvada a supremacia da Carta Magna. Inteligência do art. 98 do CTN. Precedentes: RESP 1.161.467/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 1.6.2012; RESP 1.325.709/RJ, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 20.5.2014. [...] (STJ - REsp: 1272897 PE 2011/0196684-9, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 19/11/2015, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/12/2015)

Nesse quadro, pode ser vislumbrado que os tratados internacionais que versem sobre matéria tributária podem ser considerados hierarquicamente como normas supralegais. Além disso, conforme o Recurso Especial acima demonstrado, em razão da especificidade dos tratados de ordem tributária eles prevalecem sobre as normas jurídicas de direito interno, ressalvada a supremacia da Constituição Federal.

### 3.3 PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

De acordo com o ordenamento jurídico é apontado a existência das seguintes fases para a incorporação de um tratado internacional: negociação, assinatura, ratificação, promulgação, registro e publicação.

Em razão das inúmeras etapas, é possível identificar um excesso de formalismo, porém, de acordo com as características gerais dos tratados internacionais esse formalismo não existe, e essa quantidade de etapas dizem respeito a um sistema lógico que foi construído através do costume.

Em relação a forma de negociação de um tratado internacional é importante observar o que disciplina Varella (2012, p. 52):

Um tratado nasce a partir da manifestação da vontade de um sujeito de direito internacional (Estado ou Organização Internacional) em regular juridicamente determinada situação no âmbito internacional. O representante de Estado ou da Organização internacional comunica aos demais sujeitos de direito internacional, com quem tem a intenção de firmar o futuro tratado, para que manifeste seu interesse em participar da regulamentação internacional e enviem seus representantes para a negociação. Os negociadores constroem o texto, que é adotado ao final da reunião. Essa etapa não compromete definitivamente o Estado, pois o texto ainda deverá ser ratificado.

A fase de celebração de um tratado internacional é disciplinada pelos artigos 84, inciso VIII e o art. 49, inciso I, da Constituição Federal. A celebração de tratados internacionais é de competência privativa do Presidente da República, este ato está sujeito ao referendo do Congresso Nacional, que ressalvadas as exceções, ocorrem por maioria simples, sendo de competência desta casa legislativa decidir sobre a aprovação do tratado, que se dar por meio de um Decreto Legislativo. Após a aprovação pelo Congresso Nacional, essa norma deve retornar ao poder executivo para ser devidamente ratificada, onde por meio do decreto de promulgação presidencial se inicia o início da vigência dentro de todo o território nacional. Tal sistemática é a adotada de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal (AMARAL, 2010).

Nesse cenário, para processo de incorporação de um tratado internacional é necessária a participação dos poderes executivo e legislativo, de acordo com o dispositivo constitucional, sendo assim, e resguardadas as devidas ressalvas, os acordos executivos que são firmados apenas com a participação do poder executivo não serão aceitos dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Ainda sobre o processo de incorporação dos tratados, é importante lembrar a sistemática aplicada aos tratados que versem sobre os direitos humanos que possuem natureza de emenda constitucional. Esses tratados de acordo com o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988 passam por um procedimento de aprovação especial: “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”.

De acordo com o que preceitua Amaral (2010, p.55):

Da leitura do § 3º acima transcrito, percebe-se a grande inovação trazida pela EC 45/2004, pois, caso o tratado discipline questões de direitos humanos e passe pelo rito de aprovação de uma emenda constitucional quando de sua incorporação, terá status de emenda e, portanto, será considerado hierarquicamente superior a lei ordinária

Em virtude do estudo sobre a incorporação dos tratados internacionais dentro do ordenamento jurídico pátrio, observa-se a existência de dois procedimentos distintos: o primeiro diz respeito a incorporação de tratados que não possuem natureza de emenda constitucional. Logo, passam por um procedimento mais simplificado, e o segundo diz respeito aos tratados sobre direitos humanos que passam pelo mesmo procedimento de aprovação de uma emenda constitucional, e possuem essa natureza jurídica.

#### 3.4 ATOS INTERNACIONAIS QUE ADENTRAM NO ESTADO SEM CONSENTIMENTO

Dentre os inúmeros aspectos que caracterizam o exercício da Soberania por parte de um Estado, o ato de decidir sua participação em um acordo internacional é fundamental, uma vez que diz respeito a sua relação com outros Estados. Na doutrina são apontadas as hipóteses em que um Estado possa se ver obrigado a aceitar alterações de um tratado em que faça parte sem o seu devido consentimento, ou ser inserido em um acordo internacional sem que tenha aceitado.

A primeira hipótese diz respeito aos tratados internacionais que foram aprovados por uma sistemática de adesão mais simplificada. Eram tratados mais antigos, que se modificavam no decorrer dos anos, para esses tratados era possível a sua alteração sem a devida vontade da parte que o aderiu. Esse processo de modificação é baseado no princípio do *singue undertakin*, onde os Estados que adotam tratados regidos por esse princípio devem aceitar o texto do acordo internacional como um todo, com as suas devidas modificações futuras. Na atualidade, muitos tratados de grande relevância são regidos por esse princípio. Essa situação não seria uma afronta a Soberania do Estado, pois este concordou em fazer parte de um tratado disciplinado pelo princípio do *singue undertakin*, e

como última opção teria o direito de denunciar o acordo internacional (VARELLA, 2012).

Em relação aos argumentos apresentados pelo autor no que diz respeito a manutenção da Soberania de um Estado nos casos em que um tratado internacional que ele faça parte é modificado sem o seu devido consentimento, concordamos no aspecto em que este Estado aceitou o tratado internacional em sua totalidade e regido pelo princípio que possibilita eventuais alterações, ainda que simples. Porém, partimos da premissa de que tratados com tamanha liberdade devem ser vistos e aceitos com certa cautela, uma vez que o instrumento da denúncia muitas vezes por questões políticas não pode ser utilizado.

Para Dinh (1999 *apud* VARELLA, 2012), a segunda hipótese diz respeito à imposição do direito internacional sem o devido consentimento do Estado soberano, consiste no reconhecimento da norma *jus cogens*, onde um tratado internacional seria aplicado a todos os Estados desde que aceito pela grande maioria, essa norma ainda não é reconhecida pela jurisprudência, mas já possui grande visibilidade na esfera internacional.

O direito internacional possui autonomia para regular suas próprias normas, e como já foi apresentado os Estados possuem a liberdade de autodeterminar como serão as relações do seu direito interno em face do direito internacional. No entanto é importante demonstrar o quanto o direito internacional vem impondo suas normas em face da ordem jurídica interna.

## **4 SOBERANIA NACIONAL: CONFLITO DA ORDEM CONSTITUCIONAL COM O INGRESSO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS**

Nesse último capítulo, será abordada a relação da Soberania frente às normas de direito internacional, ao apresentar a relativização do poder soberano em virtude do fenômeno da globalização, onde pode ser vislumbrado a criação da sociedade comunitária em âmbito internacional.

Oportunamente, abordar-se-á os conflitos entre a carta constitucional e os tratados internacionais que foram pactuados pelo Brasil, e as respectivas decisões dos tribunais superiores. Onde se faz uma breve análise se o poder soberano nesse caso se encontra ou não relativizado.

### **4.1 A SOBERANIA E A SUA CORRELAÇÃO COM O DIREITO INTERNACIONAL**

Muitos dos conflitos existentes entre as normas fundamentais de ordem interna, questões políticas e econômicas, que se exteriorizam por intermédio da Soberania em relação aos interesses internacionais, podem ser originados por uma sistemática de desigualdade, que é estabelecida pelas nações motivadas por desequilíbrio político e econômico.

Os Estados, em virtude da globalização, cada vez mais se relacionam entre si. No entanto em razão dessas relações, “existem sociedades juridicamente independentes que, pelo fato de estarem submetidas a um colonialismo econômico e cultural, ficam impossibilitadas de gozarem uma independência de fato” (SANTOS, 1991, p.100).

O direito internacional ao preservar o bem-estar comum entre as nações, que pode ser vislumbrado através dos tratados de paz, quando atuam para este fim, não relativiza a Soberania, pois estaria colocando todos os Estados em patamar igualitário, sendo confirmado pelo dispositivo da Carta da ONU que, em seu art. 2º, §1º, ao afirmar que a organização “é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros”. Além disso, o próprio ordenamento jurídico pátrio atribui aos tratados de direitos humanos uma posição hierárquica superior, em razão da importância que possuem. Confirma a relevância dada a essa temática, Cicco e Gonzaga (2009, p.156) ao preceituarem que:

[...] Os Direitos Humanos são os direitos derivados da natureza humana, independente de idade, sexo, religião, idéias políticas ou filosóficas, país, etnia ou condição social. Decorrem da dignidade da pessoa humana e tem abrangência universal e supranacional, de modo que todas as pessoas e Estados devem respeitá-lo [...].

A Soberania pode ser inserida em duas realidades distintas, a primeira a ser exercida de forma interna, onde a máxima do poder soberano pode ser vislumbrado em virtude de uma subordinação a um poder superior, e a segunda seria exercida em âmbito internacional, de forma independente e impermeável, onde o poder soberano atua como mecanismo para que os Estados possam coexistir de forma pacífica, pois ao serem colocados em patamar de igualdade, um Estado não vai interferir sobre o domínio de outro Estado soberano. (STRECK; MORAIS, 2010).

Em relação ao exercício de Soberania em âmbito externo, deve ser considerado a explanação de Accioly (2000, p. 105) ao afirmar que “a soberania externa compreende vários direitos, entre os quais se salientam: o de ajustar tratados ou convenções, o de legação ou de representação, o de fazer a guerra e a paz, o de igualdade e o de respeito mútuo”.

Muitas são as questões divergentes entre a Soberania, que corresponde a um elemento constitutivo do Estado e a máxima de poder a ser exercido por ele e o direito internacional, que diante do fenômeno da globalização realiza a união da comunidade mundial, fazendo com que novas relações entre Estados soberanos se originem por intermédio de tratados internacionais, no entanto, tal relação nem sempre coloca as nações em patamar igualitário. Nesse lume, Maluf (2010, p. 44) destaca que:

A globalização, assim considerada, produz reflexos no conceito de soberania, na medida em que acaba por atingir cada país de forma desigual, na proporção da riqueza, poder, ou desenvolvimento social, econômico e tecnológico de cada um. Esses reflexos assumem maior gravidade entre os países chamados de “terceiro mundo” ou “em desenvolvimento”, os quais ficam mais vulneráveis, diante da incapacidade de enfrentamento das imposições originadas da ordem internacional [...]

Nesse particular, infere-se que a grande problemática entre Soberania e o direito internacional consiste na realização de acordos internacionais sem o exercício de independência, e em posição de submissão, nessa vertente Leal (1999, p. 85) ressalta que “o Estado, embora titular da Soberania, desta ira afastar-se para buscar

a sua própria sobrevivência econômica, submetendo-se aos interesses dos capitais hegemônicos internacionais”.

Nesse íterim, não se consideraria relativização soberana se determinado Estado integrasse um dispositivo de ordem internacional com a finalidade de bem-estar comum, desta feita, a Soberania na esfera internacional estaria desempenhando o papel que lhe foi atribuído. Que corresponde a representar a sua nação de forma independente, interagir com outras nações sem que se sujeite a nenhuma delas. O Estado Brasileiro deve ser respeitado na comunidade internacional, seja nas relações sociais, econômicas, políticas, culturais, porém este respeito só pode ser alcançado com o pleno exercício do poder soberano em âmbito internacional, onde todos os Estados devem estar inseridos em mesmo patamar de igualdade. (DUGUIT).

Para Fraga (2001), a Soberania encontraria os seus limites nos direitos individuais, na existência de outras entidades soberanas e na esfera internacional. Em que, “mecanismos jurídicos de sanções, antes impensável face a pretensa Soberania absoluta, aparecem lentamente nos debates multilaterais” (Góis, 2000, p.1).

Tal limitação pode ser considerada inequívoca e possíveis punições nada mais são do que imprudentes, a Soberania em âmbito internacional não tem por finalidade se sobrepor a outros poderes soberanos, apenas objetiva estar inserida em patamar de igualdade em relação a outros Estados. Sendo assim, a igualdade não pode ser vislumbrada quando um Estado soberano se une ou firma acordos internacionais baseados em imposição política ou econômica, muitas vezes indo de contra todo o seu ordenamento jurídico vigente, não exercendo sua liberdade de escolha, pois o tratado lhe foi imposto indiretamente.

## 4.2 RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA E O AVANÇO DO PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO

O fenômeno da globalização vem influenciando a sistemática de todos os países, onde por meio da necessidade das relações entre soberanias Estatais, o poder soberano nacional é relativizado pela inexistência de independência ao ser pactuado um acordo, prevalecendo o interesse de um país em detrimento de outro.

Em uma concepção histórica, a globalização teria sido originada no desenvolvimento da pós-modernidade, dando ênfase para a solução da problemática que a sociedade da época vivenciava no constante conflito entre a crise econômica do bem-estar social em face das classes e países menos desenvolvidos, buscando a superação na bipolarização entre capitalismo e socialismo trazida pelo pós-guerra (SOARES, 1999).

As piores consequências advindas da globalização dizem respeito à crescente desigualdade entre os países, e a exploração que estes são submetidos por potências econômicas, gerando mais riquezas para os países mais desenvolvidos, e uma crescente miserabilidade para os países menos desenvolvidos (CRUZ, 2011).

A globalização não adentrou na esfera internacional trazendo apenas interações entre os Estados soberanos, aproximando os povos e quebrando barreiras que limitava essas relações. Ela trouxe o aumento da desigualdade entre os Estados em razão do poder econômico que possuem, sendo o inverso do que é proposto pelo poder soberano exercido em ambiente internacional. Tal desigualdade atinge diretamente os países que são economicamente vulneráveis, e diante da incapacidade de aturem em patamar de igualdade na esfera internacional, se veem obrigados a firmarem tratados para integrarem blocos econômicos ou organizações supranacionais.

O grande desafio a ser enfrentado diz respeito a busca de uma organização política-jurídica que se harmonize com as necessidades de efetivação da justiça social entre as nações. (CRUZ, 2011).

A realidade vivenciada pelo direito internacional consiste na crescente interação entre os países, onde muitas vezes colocam o poder soberano sobre uma perspectiva relativizada, apresentando-o como ultrapassado, em razão da grande modernização do Estado. No entanto, acompanhado da união entre os países o fenômeno da globalização trouxe uma sistemática bastante prejudicial para os Estados que não são economicamente desenvolvidos. Sendo assim, não é prudente relativizar um elemento estatal, que em âmbito internacional tem por finalidade buscar a igualdade entre as nações. Firmar acordos internacionais deve ser um exercício de Soberania, que tenha por consequência a exteriorização da independência entre as nações, onde se busca o interesse de ambas as partes.

### 4.3 CONSTRUÇÃO DA COMUNIDADE INTERNACIONAL

A integração de Estados nas organizações supranacionais ou blocos econômicos podem ser vistos sobre duas perspectivas, a primeira seria um exercício de vontade, e a segunda seria uma necessidade, sendo assim, não é possível vislumbrar o exercício de Soberania ao afirmar que estes países firmaram acordos internacionais por sua livre vontade, quando na realidade apenas fizeram por subordinação.

Quando os Estados soberanos assumem compromissos em convenções internacionais de forma mútua, reduzindo o poder de decisão de cada contratante, a Soberania destes está sendo efetivamente restringida (MAZZUOLI, 2017). Diante dessa perspectiva é importante observar se esses compromissos são originários de uma necessidade comum ou de um poder desigual entre as nações

Nas comunidades internacionais, ramificação das organizações supranacionais, os Estados membros transferem parte do poder soberano que o constitui a um órgão comum, em decorrência disso, aceitam as decisões que são tomadas, sem que exista necessidade de concordância política e legislativa em sua conjuntura interna. Sendo assim, as ordens da comunidade internacional vão integrar o ordenamento jurídico interno daqueles países sem nenhum questionamento. Nessa perspectiva o poder soberano não apenas foi relativizado, ele passa a ser quase que inexistente. De acordo com Xavier (1993, p.163): “[...] os Estados-membros transfeririam, por delegação, poderes normativos próprios de cujo o exercício decorrem normas com efeitos diretos no ordenamento de cada um desses Estados”.

Na atualidade, as comunidades supranacionais, que também podem ser consideradas blocos econômicos, dentre elas, a comunidade Europeia, a União Europeia, o Tratado Norte Americano de Livre Comercio – NAFTA, o MERCOSUL e tantos outros, se uniram para firmar alianças econômicas, acordos comerciais, militares etc. Trazendo assim, modificação dos poderes soberanos dos Estados membros e uma nova realidade para as relações de direito internacional, onde nessa perspectiva, o poder soberano não poderia ser visto de forma isolada (STRECK; MORAIS, 2010).

Para exemplificar o funcionamento dos blocos econômicos, é interessante observar a forma de atuação da União Europeia, como bem elucida Maluf (2010, p.53):

A União Europeia caracteriza uma forma de cessão, mesmo que parcial, da soberania. Na observação de Ives Gandra Martins, “o direito comunitário prevalece sobre o Direito local, e os poderes comunitários (Tribunal de Luxemburgo, Parlamento Europeu) têm mais força que os poderes locais. Embora no exercício da soberania, as nações aderiram a tal espaço plurinacional, mas, ao fazê-lo, abriram mão de sua soberania ampla para submeterem-se a regras e comandos normativos da comunidade. Perderam, de rigor, sua soberania para manter uma autonomia maior do que nas Federações clássicas, criando uma autêntica Federação de países[...].

Diante do exposto, é possível observar que os Estados ao adentrarem nos blocos internacionais que possuem a mesma sistemática da União Europeia, vão dar preferência ao direito comunitário em face do ordenamento pátrio, onde o exercício de Soberania se finda na adesão desse bloco, uma vez que, o poder soberano em sua amplitude foi extinto, para que todos os Estados passem a ser submetidos as normas da comunidade. Nesse caso, as regras institucionais e jurídicas do bloco econômico vão se fazer valer em detrimento do ordenamento jurídico pátrio.

Nesse cenário, Ribeiro (2001, p.36) afirma que:

Entidades supranacionais não eliminam o caráter de sujeitos de Direito internacional dos Estados-membros, mas somente limitam o exercício da prerrogativa de entes soberanos nos setores de atividades inerentes aos processos de integração em que os Estados se encontram inseridos.

Diante do que foi abordado, não se busca dizer que os países não devem se relacionar entre si, apenas objetiva demonstrar a importância do exercício do poder soberano em esfera internacional, que nesse âmbito não significa supremacia absoluta, porém corresponde ao tratamento igualitário que deve existir entre os países.

A realização de tratados de natureza mais simplória, ou os que pactuam obrigações tão complexas como as existentes em blocos econômicos não podem ser realizados por subordinação e falta de independência econômica, mas devem objetivar o bem-estar comum entre as nações.

#### 4.4 CONFLITOS EPISTEMOLÓGICOS DOS TRATADOS INTERNACIONAIS INSERIDOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A SOBERANIA

Depois de apresentada a sistemática de realização dos tratados internacionais em que os Estados podem ter ou não sua Soberania relativizada em razão da não subordinação a outros países em esfera internacional. É de suma importância abordar o conflito entre a Constituição Federal e dispositivos de ordem interna com os tratados internacionais que o Brasil seja signatário, sendo demonstrado, em alguns casos a presente relativização do poder soberano.

A Magna Carta corresponde ao documento jurídico de maior relevância de um Estado Soberano. A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 4º, elencou em seu dispositivo constitucional o Princípio da Soberania como sendo um dos fundamentos do Estado, a fim de se garantir a ordem constitucional e se efetivar a aplicação da lei no território nacional.

Inicialmente, é importante destacar o caso de prisão civil do depositário infiel. Na Constituição Federal, de acordo com o seu artigo 5º, inciso LXVII: “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. O STF em 2008 com base no Pacto de San José da Costa Rica, que versa sobre direitos humanos modificou o seu entendimento sobre a prisão do depositário infiel, revogando a Súmula 619 do STF que preceituava: “a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”. Passando a valer a Súmula Vinculante 25 que dispõe: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

Nesse quadro, é necessário observar o Voto do Ministro Gilmar Mendes sobre essa celeuma:

Se não existem maiores controvérsias sobre a legitimidade constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, assim não ocorre em relação à prisão do depositário infiel. As legislações mais avançadas em matérias de direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente. O art. 7º (nº 7) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos 'Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, dispõe desta forma: 'Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.' Com a adesão do Brasil a essa convenção, assim como ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e

Políticos, sem qualquer reserva, ambos no ano de 1992, iniciou-se um amplo debate sobre a possibilidade de revogação, por tais diplomas internacionais, da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, especificamente, da expressão 'depositário infiel', e, por consequência, de toda a legislação infraconstitucional que nele possui fundamento direto ou indireto. [...] Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel [...] deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria [...]. Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. [...] Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos 'Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art.5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel. ([RE 466343](#), Voto do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 3.12.2008, DJe de 5.6.2009)

Por intermédio da decisão apresentada que versa diretamente sobre as questões conflituosas entre norma interna e tratados internacionais de direitos humanos, é possível vislumbrar que a decisão foi favorável a norma de ordem internacional, considerando primordialmente a dignidade da pessoa Humana.

Diante desse quadro, é importante observar o instituto do controle de convencionalidade, ainda que não esteja inserido na sistemática brasileira, vem tomando força no direito nacional dos Estados, por resguardar a aplicação dos tratados internacionais sobre direitos humanos dentro da esfera nacional.

O instituto apresentado se originou na França em razão da necessidade de análise da compatibilidade de suas leis internas com os tratados que versavam sobre os direitos humanos que haviam sido ratificados por aquele país. O controle de convencionalidade atua diretamente nos casos em que exista incompatibilidade legislativa com os tratados que resguardem os direitos humanos (MAZZUOLI, 2011).

É possível vislumbrar que o processo de criação do controle de convencionalidade foi respaldado no ideal de supremacia da convenção pactuada (CAMPOS, 2010). Neste particular, o ordenamento jurídico pátrio que devia resguardar o seu dispositivo constitucional e a sua supremacia que advém do poder soberano seria desassistido.

Para Sagués (2012), os fundamentos norteadores do controle de convencionalidade se baseia em três aspectos, o primeiro seria a boa-fé dos

pactuantes no cumprimento das obrigações firmadas, o segundo corresponde ao efeito útil dos convênios, que não pode ser afastado em virtude da norma interna, e o terceiro elenca o princípio trazido pelo direito internacional em que a incompatibilidade com o direito interno não exime a obrigação pactuada a nível internacional.

Se analisados de forma isolada todos os fundamentos acima apresentados, não apenas relativizariam, mas ignoram completamente a existência da Soberania nacional que não pode ser excluída por um dispositivo de ordem externa.

Nessa vertente Mazzuoli (2011) ressalta que o exercício desse controle deverá ser realizado pelos tribunais nacionais e internacionais, que deveriam buscar a conformidade dos tratados internacionais e as leis internas do país que aceitou firmar o acordo internacional.

Independente do assunto que versa o acordo internacional, e ainda que pactuado pelo Estado no exercício de sua independência, a sistemática apresentada pelo controle de convencionalidade, que cada vez mais ganha expressividade no Brasil, não apenas relativizaria a Soberania nacional em razão da prevalência do direito internacional, mas também pela permissão que seria dada a um órgão judicial internacional atuar diretamente no ordenamento jurídico pátrio.

Além das questões que envolvam conflitos entre os tratados internacionais sobre direitos humanos e a ordem jurídica interna que pode relativizar a Soberania, é possível vislumbrar que questões econômicas firmadas entre os Estados que são disciplinadas por intermédio de tratados também interferem diretamente no poder soberano.

Um exemplo que pode ser vislumbrado de relativização do poder soberano exercido pelo Brasil em face de um acordo internacional sobre matéria econômica que está intrinsecamente ligada as questões políticas estatais, diz respeito participação no Fundo Monetário Internacional (FMI). Nessa vertente, Madrugá Filho (2004, p. 42) afirma que “[...] o compromisso firmado pelo governo federal com o FMI para privatizar o setor elétrico compromete a soberania nacional porque prioriza os interesses internacionais em detrimento dos interesses nacionais”.

Nesse caso em particular a Soberania nacional foi mitigada em detrimento do direito internacional, sendo possível vislumbrar que foi priorizado as questões econômicas de outros Estados em detrimento do próprio interesse nacional. De acordo com a situação apresentada, a realização de acordos internacionais sem a

completa independência do Estado para atuar em patamar de igualdade em relação a outras potências resulta em relativização soberana.

Não são todos os casos em que o interesse internacional vai prevalecer sobre a norma de direito interno, podendo ser observado de acordo com o julgado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES DECORRENTES DE TRATADO INTERNACIONAL. PAGAMENTO DE ROYALTIES. LEGITIMIDADE ATIVA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. REPASSE. REGRA DE DIREITO INTERNO. OBRIGAÇÃO ENTRE OS ENTES FEDERADOS. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO PARA EXTINGUIR O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, POR CARÊNCIA DO DIREITO DE AÇÃO.  
(STJ - Resp.: 1368604 PR 2013/0039118-4, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 14/10/2014, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/11/2014)

A questão da Soberania a ser exercida dentro do território nacional corresponde a máxima de poder de um Estado, em relação aos conflitos entre normas de direito interno e tratados internacionais, em virtude do fenômeno da globalização muitos acordos acabam sendo politicamente impostos, causando prejuízos a economia nacional. As questões relativas aos direitos humanos estão cada vez mais evoluídas, no entanto ainda que se trate da dignidade humana, os mecanismos para resguardá-los devem adentrar no país de forma cautelosa, em virtude da gama de direitos que é oferecida a conjuntura internacional para atuar dentro do ordenamento jurídico interno.

Diante de eventuais conflitos entre o direito internacional e o ordenamento pátrio, é possível vislumbrar que os tribunais superiores em determinados casos priorizam as normas de direito nacional e em outros priorizam a norma de direito internacional que foi pactuada, a manutenção do poder soberano na ordem jurídica interna não é definido apenas por uma decisão favorável dos tribunais superiores, mas deve ser observado desde a realização dos tratados internacionais, que embora necessários, não devem relativizar o poder soberano.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O poder soberano, que representa um dos elementos constitutivos do Estado Moderno, corresponde a máxima de poder a ser exercido em sua esfera de atuação, e nas relações internacionais, exerce a função de manter todos os Estados soberanos em mesmo patamar de igualdade, não permitindo subordinação por questões econômicas ou políticas, construindo assim um direito internacional que seja justo e igualitário.

Por intermédio do fenômeno da globalização, as relações entre os países soberanos estão cada vez mais presentes. Essa aproximação pode ser vista de acordo com duas perspectivas, a primeira, sobre o aspecto positivo, que foi responsável pela aproximação entre os povos, por intermédio de laços culturais e sociais, quebrando as barreiras que restringiam essas relações, e a segunda, pelo lado negativo, sendo responsável por enfatizar as desigualdades existentes entre os Estados, em virtude dos interesses econômicos das grandes potências que na maioria dos casos prevalecem em detrimento dos países menos desenvolvidos.

Os tratados internacionais correspondem a principal fonte do direito internacional, foi originado através das relações que se estabeleciam entre os países, exercendo assim uma função de conexão. Embora tratem de questões que resguardem os direitos humanos, eles não perdem a característica de serem essencialmente políticos.

Em âmbito internacional, quando as relações pactuadas têm a finalidade de buscar o bem-estar comum entre as nações, é possível ser vislumbrado o exercício do poder soberano, uma vez que coloca todos os países em mesmo patamar de igualdade. No entanto, quando são firmados acordos dos mais simples aos mais complexos, sem o exercício de independência política e econômica, em que nações menos desenvolvidas sejam subordinadas a grandes potências, o poder soberano nesse caso é relativizado e desrespeitado. A interação entre os países deve coexistir em harmonia com o poder soberano.

Em relação aos conflitos entre os acordos que já foram pactuados pelo Brasil, e a CF de 1988 e outras normas internas, cabe ao STF disciplinar essas relações utilizando-se ou não da sistemática hierárquica estabelecida entre o ordenamento jurídico pátrio e os tratados internacionais, em que a norma internacional adentra no ordenamento jurídico pátrio com força de lei ordinária, com

status de norma supralegal para os tratados de direitos humanos que não são aprovados por um rito especial e os tratados que versam sobre questões tributárias, ou com status de emenda constitucional nos casos que versem sobre direitos humanos que passaram por uma sistemática diferenciada de aprovação.

Diante dos casos conflituosos que foram abordados dentro da sistemática brasileira é possível vislumbrar que as vezes a decisão dos tribunais superiores é favorável ao ordenamento jurídico pátrio, caso que abordava uma obrigação decorrente de um tratado ao pagamento de Royalties, e outras vezes faz prevalecer a norma de direito internacional, sem necessariamente corresponder a relativização soberana, que tem como exemplo o caso do depositário infiel. A relativização do poder soberano deve ser analisada caso a caso, desde a realização de um tratado internacional que venha a ser incorporado pelo Brasil, aos eventuais conflitos que venham a surgir com o ordenamento jurídico interno.

Uma solução viável para que possa ser evitada essa relação conflituosa consiste inicialmente na concretização do exercício de Soberania de um Estado ao adentrar em um tratado internacional, que não deve ser feita por subordinação, além disso, também se propõem que seja realizada uma análise prévia entre o ordenamento jurídico interno e o tratado internacional, para que determinados acordos não sejam aprovados ainda que em total desconformidade com o direito pátrio.

## REFEÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

AMARAL, Renata Campetti. **O direito internacional: público e privado**. 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

ARIOSI, Mariângela. **Conflito entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9 ed. São Paulo: Malheiros: Editores LTDA, 2012.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Imperio do Brazil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 21 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) >. Acesso em: 21 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº. 5.172, de 25 de outubro de 1996. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm)>. Acesso em: 23 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. **Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm)>. Acesso em: 23 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1480**. Partes: Confederação Nacional do Transporte - CNT, Luiz Carlos Bettiol e outros,

Confederação Nacional da Indústria - CNI, Aldovrando Teles Torres e outros. Relator Ministro Celso de Melo. 26 de junho de 2001. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819932/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1480-df-stf>> . Acesso em: Acesso em: 23 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 466343**. Recorrente: BANCO BRADESCO S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator Ministro Cezar Peluzo. 03 de dezembro de 2008. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153679361/recurso-especial-resp-1368604-pr-2013-0039118-4/relatorio-e-voto-153679380>> . Acesso em: Acesso em: 23 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 25. **É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. Súmula nº 619. **A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1523>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Justiça. **Recurso Especial nº 1272897**. Recorrente: IBERDROLA ENERGIA S/A. Recorrido: FAZENDA NACIONAL. Relator Ministro Napoleão Nunoos Maia Filho. 19 de novembro de 2015. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819932/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1480-df-stf>> . Acesso em: Acesso em: 23 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1368604**. Recorrente: ITAIPU BINACIONAL. Recorrido: Município De São Miguel Do Iguazu Procurador e União. Relator Ministro Benedito Gonçalves. 11 de novembro de 2014. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153679361/recurso-especial-resp-1368604-pr-2013-0039118-4/relatorio-e-voto-153679380>> . Acesso em: Acesso em: 23 fev. 2017.

CAMPOS, Thiago Yukion Guenka. Controle de Convencionalidade como mecanismo de interação entre ordem interna e ordem internacional: por um diálogo cooperativo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o tribunal constitucional brasileiro. **Monografia (Conclusão de Curso)** – Universidade do Vale do Itajaí, São José, 2010

CICCO, Claudio de; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DUGUIT, Leon. **Os Elementos do Estado**. Lisboa: Editorial Inquérito, 2. ed.

FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e a norma de direito interno**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GÓIS, Ancelmo César Lins de. **Direito internacional e globalização face às questões de direitos humanos**, 2000.  
<[www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1607](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1607)>. Acesso em 20 de fev. 2017.

GUERRA, Sidney. **Soberania (Antigos e novos paradigmas)**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2004.

KANT, Immanuel. **A Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. A Doutrina Universal do Direito, 1797.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Soberania e mercado mundial**. 2. ed. Leme, São Paulo: LED, 1999.

LITRENTO, Oliveiros. **Curso de direito internacional público**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MACHADO PAUPÉRIO, Arthur. **Teoria Democrática da Soberania**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 3. ed., vol. II (Teoria Democrática do Poder), 1997.

MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. Soberania, constituição e direito internacional. In: **Perspectivas contemporâneas do direito**. Brasília: Editora Universa, 2004.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos provenientes de tratados: exegese dos §§ 1º e 2º do artigo 5º da Constituição de 1988**. <[www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1609](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1609)>  
Acesso em: 21 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em:  
<[http://unicrio.org.br/img/CartadaONU\\_VersolInternet.pdf](http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersolInternet.pdf)>. Acesso em: 23 fev. 2017.

NOHMI, Antônio Marcos. **Arbitragem como mecanismos de solução pacífica entre os Estados-Membros**. Belo Horizonte: Faculdade Mineira de Direito, 2003.

PEREIRA, Bruno Yepes. **Soberania interna e integração no Cone Sul: aspectos do processo de integração econômica regional que revelam redução do conceito do nacionalismo com a integridade da soberania**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário**. 7. ed. Salvador: Editora Jus Podivim, 2015.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIBEIRO, Patrícia Henriques. **As relações entre o direito internacional e o direito interno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.  
ROUSSEAU, Charles. **Droit International Public Approfondi**. Paris: Précis Dalloz, 1961.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução de Tiago Rodrigues da Gama. São Paulo: Russel, 2006.

SAGUÉS, Nestor Pedro. **El control de convencionalidad em el sistema interamericano, y sus anticipos em el ámbito de los derechos económico-sociales: concordâncias e diferencias com el sistema europeo**. 2012. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

SANTOS, T. dos. Dependencia y cambio social. In: **Cuadernos de estudios socioeconômicos**. Santiago, Univ. de Chile. N.11; cit. in: Información comercial española. 1991.

SILVA, de Plácido E. **Vocabulário Jurídico**. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, et. al. [São Paulo], Malheiros, 2001.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Mercosul: direitos humanos, globalização e soberania**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIGNALI, Heber Arbuet. **O Atributo da Soberania**. Brasília: Senado Federal, 1995.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário internacional no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.