

DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO BRASILEIRO NA ATUALIDADE: ENTRE AVANÇOS E INCONGRUÊNCIAS DO PODER JUDICIÁRIO

Jahyr-Philippe Bichara¹

Isly Queiroz Maia Rocha²

Resumo: A questão da superioridade do direito internacional com relação ao direito interno remete à problemática da sujeição do Estado às normas internacionais e, portanto, à necessária relação sistêmica entre as duas ordens jurídicas, haja vista a coincidência de seus objetos. Contudo, a jurisprudência brasileira demonstra certa resistência em adotar tal concepção, gerando incongruências na aplicação do direito internacional, em algumas situações. A presente análise adota o normativismo de Hans Kelsen, com ênfase perspectiva monista de inter-relação entre ordens jurídicas para confrontar os termos da Constituição brasileira à aplicação fragmentária do direito internacional pelo STF e TST.

CONTEMPORARY INTERNATIONAL AND BRAZILIAN LAW: AMIDST ADVANCEMENTS AND SETBACKS

¹ Doutor, *summa cum laude*, pela École Doctorale de Droit International et Européen da Université Paris I, Panthéon-Sorbonne; Mestre em Direito Internacional Econômico pela Université Paris I, Panthéon-Sorbonne e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professor Associado II de Direito Internacional do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN.

² Pós-graduada em Arbitragem pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC); mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Advogada.

Abstract: The issue of the superiority of international law in comparison with domestic law refers to the problem of the subjection of the State to international norms and, therefore, to the necessary systemic relationship between the two legal orders, in view of their coincident objectives. However, the Brazilian courts demonstrate some resistance in adopting such conceptions, causing inconsistencies in the enforcement of international law, in some cases. The current analysis adopts Hans Kelsen's legal normativism, focusing on the monistic perspective of the relationship between legal orders to confront the terms of the Brazilian Federal Constitution to the fragmentary approach of international norms by the STF and the TST.

1. INTRODUÇÃO



empre um tema que se encontra no âmago dos debates doutrinários internacionalistas e constitucionalistas, a relação entre direito internacional e direito interno segue gerando problemas concretos, que afetam as relações entre Estados, entre eles e os organismos internacionais; e, cada vez mais, o dia-a-dia das pessoas. Diante de um mundo interconectado, que demanda maior normatização a nível internacional, normas advindas de ordens jurídicas diferentes precisam interagir entre si na formação de regimes jurídicos que regulam as relações humanas em variados níveis, desde o consumo e do comércio, às questões de direitos humanos e do fluxo transnacional de pessoas.

A questão da superioridade do direito internacional com relação ao direito interno remete à problemática da sujeição do Estado às normas internacionais, ou, em outros termos, ao fato que o exercício de sua soberania possa ser limitado por um corpo de regras ao qual ele deve se submeter, sob pena de sofrer um tipo de coerção. Por outro lado, essa problemática revela também as imperfeições do direito internacional quando um Estado

deliberadamente descumpre uma norma internacional, notadamente pela atuação do seu Poder Judiciário. Assim, constata-se que o princípio da primazia do direito internacional não é sistematicamente respeitado nas ordens nacionais, despontando incongruências e insegurança jurídica.

De acordo com a prática jurídica, a relação entre o direito internacional e o direito interno, segundo a perspectiva estatal, é coordenada pela Constituição, que determina a sujeição do Estado ao direito internacional e precisa como deve ocorrer a interação entre as fontes de cada ordem jurídica. No Brasil, malgrado a positivação dos princípios de direito internacional no artigo 4º da Constituição Federal, a falta de clareza da lei fundamental, notadamente no que toca à hierarquia dos tratados internacionais, relega aos juízes a função de, por meio de considerável esforço hermenêutico, promover a concretização dos direitos.

Contudo, a já conhecida falta de uniformidade na aplicação do direito internacional pelos tribunais superiores proporciona um quadro de incongruência sistêmica entre o tratamento dado ao direito internacional no Brasil e as regras aplicáveis no cenário internacional. Ilustrativamente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) por meio dos Recursos Extraordinários nº 80.004/SE, de 1977, e nº 466.347/SP, de 2008, estatuiu a paridade normativa entre os tratados internacionais e a legislação ordinária (RE 80.004/SE) e a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados com rito diferente daquele estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da Constituição Federal (RE 466.347/SP). Cria, portanto, pelo menos três classes distintas de tratados internacionais quando da sua interação com as normas internas.

Esse cenário impõe certa dificuldade para conferir segurança jurídica no tratamento das matérias reguladas pelo direito internacional, tendo em vista que a perspectiva hermenêutica que vem sendo proposta pelos tribunais implica, por vezes, em

uma espécie de derrogação imprópria da norma internacional. Com isso, além de ter o condão de acarretar condenações internacionais em desfavor do Estado brasileiro, a continuidade dessa linha de interpretação representa um desafio para o gozo, pelos brasileiros, de direitos subjetivos que lhes são garantidos internacionalmente, bem como para as relações travadas transnacionalmente entre particulares.

Portanto, a problemática que se insere é a de perquirir se há coerência entre o valor constitucional ou supralegal dos tratados internacionais, que se pode retirar da leitura da Constituição Federal, com a forma com que os essas fontes do direito internacional são aplicadas pelos tribunais superiores no Brasil, notadamente o STF e o Tribunal Superior do Trabalho (TST).

A perspectiva adotada parte da concepção clássica de Hans Kelsen, segundo a qual direito internacional e direito interno integram um mesmo sistema jurídico, na condição de ordens jurídicas parciais que se complementam. De fato, quando se observa a dinâmica do direito internacional contemporâneo, percebe-se que o paradigma monista foi quase premonitório ao prever que também a ordem internacional tem o condão de regular a conduta dos indivíduos e, por conseguinte, está apta a criar direitos que vinculam diretamente não só os Estados, mas organizações internacionais públicas e pessoas privadas, sejam elas indivíduos ou empresas.

Em vista disso, o presente estudo pretende explorar os elementos essenciais da relação entre as duas ordens jurídicas, a partir da concepção kelseniana em que ambas integram um mesmo sistema, para, em seguida, confrontar essa estrutura com os elementos fornecidos pela Constituição Federal, a fim de compreender qual o valor do direito internacional na ordem jurídica brasileira; e, por fim, observar, exemplificadamente, o tratamento recente de algumas questões centrais pelos tribunais superiores que envolveram a aplicação de tratados internacionais.

2. A CONTRIBUIÇÃO DE KELSEN PARA A APLICAÇÃO COERENTE DO DIREITO INTERNACIONAL

A teoria normativista se funda na construção do direito como uma estrutura escalonada que prevê o sistema como algo fechado, onde apenas o direito cria o direito. Dessa forma, a aferição da validade da norma jurídica depende exclusivamente do sistema ou, mais precisamente, de sua compatibilidade com as demais normas que lhe são hierarquicamente superiores. Essa relação encontra seu limite mínimo da concretização do direito a partir da sua aplicação ao caso concreto e seu limite máximo na norma hipotética fundamental, elemento abstrato que atua como pressuposto para a validade do direito³.

Em suma, o sistema jurídico estruturado abaixo da norma fundamental proporciona coerência e previsibilidade para os ordenamentos jurídicos. Em outras palavras, essa abordagem lógico-descritiva do ordenamento jurídico consiste no grande legado do normativismo kelseniano, o que transparece também na sua abordagem monista da relação entre ordens jurídicas.

Encarando o sistema jurídico como um todo, isto é, a ordem jurídica estatal e a internacional, observa-se que, como decorrência lógica da função do direito internacional, qual seja a fixação do fundamento de validade e do domínio de validade da ordem jurídica estatal, as normas de direito internacional estarão sempre em posição superior às normas do direito estatal positivo⁴. Assim, o sistema de Kelsen não comporta mitigação da

³ “Dois complexos de normas do tipo dinâmico, como o ordenamento jurídico internacional e um ordenamento jurídico estadual, podem formar um sistema unitário tal que um desses ordenamentos se apresente como subordinado ao outro, porque um contém uma norma que determina a produção das normas do outro e, por conseguinte, este encontra naquele o seu fundamento de validade. A norma fundamental do ordenamento superior é, neste caso, também o fundamento de validade do ordenamento inferior.” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 233)

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 239.

validade da norma internacional pela norma positiva interna.

Contudo, na prática, o que ocorre nos Estados é o emprego da Constituição não só como ferramenta de reconhecimento da obrigatoriedade do direito internacional, mas para definir os contornos da relação entre o direito internacional e a ordem jurídica estatal. Logo, é possível que haja um balizamento da hierarquia das normas internacionais perante o direito interno.

Esse capítulo visa, portanto, compreender a dinâmica entre o direito brasileiro e o direito internacional a partir da perspectiva do monismo, levando em conta a estrutura escalonada proposta pela Constituição Federal.

2.1. A RELAÇÃO SISTÊMICA ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO: A CONTÍNUA RELEVÂNCIA DA CONCEPÇÃO MONISTA PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

De maneira sucinta, o monismo defendido por Kelsen é pautado na unidade entre as ordens em um só sistema jurídico, de modo que figuram como ordens jurídicas parciais que possuem vigência simultânea⁵. Dessa forma, o direito internacional é uma ordem jurídica incompleta, dado que tipifica a conduta (elemento material), mas não define o indivíduo humano, na condição de órgão, ao qual ela se dirige (elemento pessoal), definição que cabe ao direito estatal⁶⁻⁷.

⁵ Destaque-se que a tese monista em nada se relaciona com a descrição das formas de incorporação do direito internacional pelos diversos modelos constitucionais, principalmente porque não há uma relação direta entre essas disposições e o reconhecimento da primazia do direito internacional, ou mesmo de garantia de sua plena aplicabilidade nas diferentes instâncias estatais.

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 227.

⁷ “Las normas de derecho internacional que imponen obligaciones o confieren derechos a los Estados exigen ser completadas por el derecho nacional, pues sólo por los órganos del Estados estas obligaciones internacionales pueden ser cumplidas y estos

O avanço do direito internacional, sobretudo do direito dos tratados, proporcionou o alargamento dos temas regulados pela via dos tratados internacionais e, bem assim, a formação de outros princípios de direito internacional que escapam às relações interestatais. Malgrado não seja um fenômeno exclusivo do nosso tempo, é evidente que os Estados se veem obrigados a atender o comando de normas internacionais que tem o indivíduo como destinatário, seja pela via judicial, seja por meio da legislação e regulamentação interna⁸.

Conforme previsto por Kelsen e, mais adiante, por Verdross, a ordem jurídica internacional não é dotada de limitações materiais intrínsecas, de maneira que o seu desenvolvimento a partir da segunda metade do século XX fortalece a concepção de que sua relação com o direito interno precisa ser bastante íntima⁹. Com efeito, normas internacionais criam direitos e regulam relações jurídicas travadas entre fronteiras ou mesmo dentro das fronteiras de um só Estado, convivendo, assim, com os direitos internos na prescrição de comportamentos, seja no âmbito do comércio ou dos transportes, seja ao limitar o exercício do poder do próprio Estado, tendo em vista a preservação dos direitos fundamentais dos indivíduos.

No plano brasileiro, convém mencionar o caso recente da Ação Cível Originária nº 3.121/RR, ajuizada pelo Governo do Estado de Roraima contra a União, relativa ao pleito de suspensão do fluxo migratório de venezuelanos, tendo em vista a

derechos internacionales podem ser ejercidos, y estos órganos deben ser instituidos por el derecho nacional.” (KELSEN, Hans. *Principios de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Libreria El Ateneo Editorial, 1965, p. 166).

⁸ Para uma perspectiva crítica sobre a aplicação do direito internacional pelo judiciário brasileiro ver: BICHARA, Jahyr-Philippe. O controle da aplicação do Direito Internacional pelo Poder Judiciário brasileiro: uma análise crítica. *Revista dos Tribunais*, v. 958, p. 233-268, 2015.

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 238 e VERDROSS, Alfred. O Fundamento do Direito Internacional. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 2, 4 jan. 2014, p. 22.

demanda crescente por serviços públicos¹⁰. Em sede de antecipação de tutela, a Ministra Rosa Weber, suspendeu cautelarmente o Decreto nº 25.681/2018 – que limitava o acesso dos venezuelanos sem passaporte a serviços públicos de educação, saúde, trabalho e assistência social –, fundamentando a prevalência dos direitos humanos com base em tratados internacionais sobre direito dos migrantes dos quais o Brasil é parte, inclusive com menção a instrumentos de *soft law*, como a Declaração de San José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas e a Declaração de Cartagena¹¹⁻¹².

Observa-se, então, a aplicação do direito internacional para regular uma situação confinada às fronteiras do Estado no que toca ao tratamento dispensado aos migrantes em situação irregular. Logo, para o Brasil, signatário de várias convenções internacionais que versam sobre os direitos humanos, o regime jurídico aplicável aos estrangeiros em seu território deve observar não só a Constituição e legislação aplicável, mas também as normas de direito internacional.

Nesta medida, o grande mérito da tese monista não se funda sobre o paradigma hierárquico, mas, sobretudo, por ter sido a doutrina que permitiu transformar o direito internacional em instância de criação de direitos subjetivos, isto é, fez dos indivíduos também destinatários das normas internacionais. Ao

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº 3121, Decisão Monocrática. Autor: Estado de Roraima. Réu: União. Relatora: Min. Rosa Weber. *Diário Oficial da União*. Brasília, 02 dez. 2019.

¹¹ Instrumentos de *soft law* são aqueles desprovidos de força cogente, isto é, cujo cumprimento não acarreta sanção. Assim, eles são códigos ou declarações que visam publicizar um objetivo a fim de exercer uma forma de autoridade ou persuasão para que aquelas determinações sejam implantadas de forma autônoma pelos destinatários. (SHAFFER, Gregory; POLLACK, Mark A. *Hard and Soft Law*. In: DUNOFF, Jeffrey L.; POLLACK, Mark A (Org.). *Interdisciplinary Perspectives On International Law And International Relations*, p. 198, 2013. Cambridge University Press. <http://dx.doi.org/10.1017/cbo9781139107310.011>)

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº 3121, Decisão Monocrática. Autor: Estado de Roraima. Réu: União. Relatora: Min. Rosa Weber. **Diário Oficial da União**. Brasília, 02 dez. 2019.

pressupor a existência de um único sistema jurídico, os Estados e organizações internacionais puderam fazer dos particulares também sujeitos de direito internacional, com garantias oponíveis aos Estados.

Dessa forma, diante da identidade entre seus objetos, a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna precisam guardar uma relação de previsibilidade entre si, haja vista que ambas se prestam a regular relações jurídicas travadas em um mesmo contexto. Assim, por exemplo, se as regras sobre transporte que vigoram domesticamente podem ser provenientes da legislação interna ou da celebração de tratados internacionais, a observância concomitante dessas normas pressupõe um esquema previsível de solução de conflitos.

O desenvolvimento desse sistema, por seu turno, não fica adstrito à discricionariedade soberana do Estado, uma vez que a própria soberania encontra seus limites na ordem internacional¹³. Assim, apesar das transformações sofridas pela sociedade internacional, o sistema monista parece ser o único a privilegiar a efetividade do direito internacional a partir da garantia de sua primazia, isto é, da compreensão de que a harmonia entre as ordens jurídicas depende do entendimento de que as normas de direito internacional limitam materialmente o escopo das normas de direito interno, pois ambas integram o mesmo sistema jurídico que, por sua vez, demanda coerência.

2.2. O MOSAICO DA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA: A APLICAÇÃO FRAGMENTÁRIA DO DIREITO INTERNACIONAL

Segundo a perspectiva monista, a relação entre a ordem jurídica nacional e a internacional se baseia na sua vigência supra-infra-ordenada em um mesmo espaço e durante o mesmo

¹³ VERDROSS, Alfred. O Fundamento do Direito Internacional. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 2, 4 jan. 2014, p. 31.

período¹⁴. Sendo assim, o Estado brasileiro, enquanto ordem jurídica, pode ser concebido como âmbito de validade tanto dessa ordem interna quanto da ordem internacional.

Ocupa o lugar superior da pirâmide a norma fundamental, aquela que determina a força normativa da Constituição. Nessa perspectiva, essa norma fundamental pode ter cunho internacional, em algumas situações, sendo revelada pela própria Constituição. No Brasil, o artigo 4º da Constituição Federal exprime a submissão da ordem jurídica brasileira à ordem jurídica internacional. O restante da ordenação é determinado pelo próprio texto constitucional, notadamente pelo artigo 59, qual seja (i) Emendas constitucionais, (ii) leis complementares, (iii) leis ordinárias, (iv) leis delegadas e medidas provisórias e (v) decretos legislativos e resoluções administrativas¹⁵.

Apesar de não apresentar as relações de forma sistematizada, é possível identificar, no corpo da Constituição, que algumas matérias reguladas pelo direito internacional têm valor constitucional ou supralegal. Primeiramente, os princípios de direito internacional positivados no artigo 4º – independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não-intervenção, igualdade entre os Estados, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos, repúdio ao terrorismo e ao racismo, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, concessão de asilo político – orientam o Brasil nas suas relações internacionais e vinculam a atuação dos agentes internos¹⁶.

¹⁴ “Em consequência disso, a relação das duas partes constitutivas desta ordem jurídica estadual em sentido amplo não deve ser considerada como uma relação de coordenação mas como relação de supra-infra-ordenação” (KELSEN, *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 239-240).

¹⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

¹⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

Dispõe o § 2º do artigo 5º que o rol de direitos e garantias fundamentais delineados ao longo do dispositivo não é exaustivo, mas pode ser complementado pelos tratados de direitos humanos firmados pela República Federativa do Brasil. Dessa redação, conclui-se, diferentemente do posicionamento consolidado pelo STF, que os tratados internacionais de direitos humanos possuem assento constitucional, sem a necessidade do rito inserto pela Emenda Constitucional nº 45/2004¹⁷⁻¹⁸.

Nesse ponto, vale salientar que o valor supralegal dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, conforme firmado pelo STF no RE 466.343, e, no caso, a prevalência da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), naquilo que veda a prisão do depositário infiel, decorre de uma leitura equivocada no artigo 5º, § 2º, Constituição Federal. A primazia da convenção advém de ela ser um tratado internacional ratificado pelo Brasil, de maneira que se sobrepõe ao direito estatal e não procede de uma hierarquia de tratados de direitos humanos que teriam “lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna”¹⁹. Se, por um lado, os efeitos desse entendimento

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343, Acórdão, Repercussão Geral. Recorrente: Banco Bradesco SA. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. **Diário Oficial da União**. Brasília, 05 jun. 2009.

¹⁸ Constituição Federal, Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2020)

¹⁹ Nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343, Acórdão, Repercussão Geral.

preservaram as obrigações assumidas pelo Brasil internacionalmente, o raciocínio esvaziou o dispositivo constitucional em comento.

Ainda no contexto da Constituição Federal, disposição específica denota a suprallegalidade dos tratados que versam sobre transporte internacional. O *caput* do artigo 178 determina que “a lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”, de maneira que só se pode extrair que os tratados em matéria de transporte internacional se sobrepõem à legislação interna, que lhes deve observância. Logo, pelo comando constitucional, a lei ordinária em conflito com tratado internacional não deve ser aplicada, por estar em desacordo com o ordenamento jurídico.

Os tratados internacionais que versam sobre direito tributário também possuem peso diferenciado, em virtude da disposição do artigo 98 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66)²⁰. A regra da legislação tributária, recepcionada pela Constituição de 1988 como lei complementar, determina que as normas provenientes de tratados internacionais se encontram acima da legislação ordinária, bem como limitam a produção das novas normas. À guisa de exemplo, no Recurso Extraordinário nº 229.096/RS, o STF ratificou esse entendimento ao reconhecer a possibilidade de regulação de isenção sobre imposto municipal em sede de tratado internacional, *in casu*, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT)²¹.

Recorrente: Banco Bradesco SA. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. *Diário Oficial da União*. Brasília, 05 jun. 2009. p. 57.

²⁰ Código Tributário Nacional, Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha. (BRASIL. Lei nº 5.172/1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 20 nov. 2020)

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 229.096, Acórdão.

Por fim, no silêncio do texto constitucional, o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da hierarquia dos demais tratados internacionais na ordem jurídica brasileira, desde o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE, em 1977, é de que há paridade com a legislação infraconstitucional. Dessa forma, é possível que a lei revogue normas de direito internacional constantes nos tratados internacionais a que o Brasil esteja vinculado²².

Como se pode prever, essa decisão trouxe consequências desastrosas para a aplicação do direito internacional no Brasil. A partir dela, os tratados internacionais, equiparados a lei ordinária, podem ser revogados por lei posterior, por meio da aplicação do critério hermenêutica *lex posterior derogat priori*. Acerca do tema, o Professor Celso D. de Albuquerque Mello já condenava o RE nº 80.004/SE nestes termos: “a tendência mais recente no Brasil é um verdadeiro retrocesso nesta matéria”, aduzindo ainda que “a decisão é das mais funestas, vez que o STF não viu a consequência do seu acórdão, que poderá influenciar os juízes nos mais diferentes locais do Brasil”²³.

Ao compulsar a atual estrutura escalonada do ordenamento jurídico brasileiro, o que se tem é a observância do direito internacional não pelo reconhecimento de sua primazia no sistema jurídico, mas pelo processo de positivação de seus princípios e normas no corpo da Constituição. Na matéria dos tratados internacionais, a ordem jurídica brasileira forjou subdivisões que não existem no âmbito internacional, não podendo ser reconhecidas pelo restante da sociedade internacional, tampouco servir de justificativa para o seu descumprimento, por lesão ao artigo

Recorrente: Central Riograndense de Agroinsumos Ltda. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ilmar Galvão. *Diário Oficial da União*. Brasília, 11 set. 2007.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 80.004, Acórdão. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque, julgado em 02 jun. 1977. DJe 14 dez. 1977.

²³ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Vol. I, 15ª ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.131.

27 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados²⁴.

Nessa toada, é possível verificar que, por vezes, a observância da norma constitucional interpretada a partir da jurisprudência do STF vai de encontro aos princípios gerais do direito internacional, ao costume internacional e, por conseguinte, aos ideais elencados no artigo 4º da Constituição Federal. É o caso da inobservância do princípio *pacta sunt servanda* sempre que o Estado brasileiro, em descumprimento à própria declaração de vontade, deixa de aplicar a norma internacional em virtude de disposição interna com base nos critérios hermenêuticos aqui descritos.

3. A APLICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES: INCONSISTÊNCIAS E EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

A partir das considerações realizadas no capítulo precedente, pode-se especular que a falta de clareza da ordem jurídica brasileira quanto à posição hierárquica do direito internacional, em especial do direito convencional, no ordenamento jurídico brasileiro coloca em risco a efetividade das normas internacionais e, em consequência disso, a garantia dos direitos das pessoas.

Nesse capítulo, foram coletados alguns julgados recentes que ajudam a ilustrar as consequências dessa posição incerta dos tratados internacionais perante o ordenamento jurídico como um todo. A seleção seguiu uma lógica qualitativa e não pretende

²⁴ Artigo 27. Direito Interno e Observância de Tratados – Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46. (BRASIL. Decreto nº 7.030/2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 20 nov. 2020)

esgotar a temática da posição dos tribunais superiores em relação à matéria, mas apenas lançar luz sobre as dificuldades de manter a posição da paridade normativa e a resistência dos tribunais em empregar a técnica jurídica de forma a proporcionar uma única interpretação sistemática do direito aplicável aos casos concretos que são levados a analisar.

3.1. A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Enquanto órgão responsável pela guarda da Constituição, o STF é muitas vezes instado a se manifestar a respeito da aplicação também do direito internacional. Além das decisões paradigmáticas comentadas ao longo dessa exposição, foram selecionados julgados recentes que ajudam a compreender a forma como o tribunal continua se posicionando e os fundamentos que orientam os ministros no tratamento da matéria.

3.1.1. A RELAÇÃO ENTRE O STF E O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Embora segundo a lógica kelseniana seja possível que a ordem jurídica interna autorize um órgão estatal a praticar atos considerados ilícitos pela ordem internacional, sem que isso afete a validade de um ato ou do outro, é certo que a incompatibilidade material entre as normas de cada ordenamento cria um cenário de insegurança jurídica²⁵. Foi o que ocorreu no caso Gomes Lund/Guerrilha do Araguaia, ocasião em que a aplicação ou não da Lei nº 6.683/1979 (Lei de Anistia) para os agentes da ditadura militar foi questionada perante o STF (ADPF 153) e perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte

²⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 228.

IDH)²⁶⁻²⁷.

Ocorre que os processos tiveram resultados que implicaram em consequências materiais divergentes, sendo que o STF considerou a Lei de Anistia recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e apta a impedir a perseguição criminal dos agentes do regime militar, ao passo que a Corte IDH condenou o Brasil pelo descumprimento da CADH, determinando instauração do procedimento legal pertinente para ensejar a responsabilização dos militares, entre outras medidas²⁸.

Na espécie, o acórdão do STF seguiu todos os requisitos de forma exigidos pela Constituição, tendo em vista que foi prolatado pelos agentes públicos competentes e, portanto, constitui um ato válido perante a ordem jurídica brasileira. Igualmente, a Corte IDH, no exercício de seu papel de intérprete da CADH, prolatou decisão condizente com sua competência jurisdicional.

A celeuma que se formou interessa ao cerne desse debate, qual seja a relação entre o direito internacional e o direito brasileiro. Aplicando o parâmetro da teoria normativista, as decisões materialmente conflitantes não implicam em antinomia propriamente dita²⁹. Ocorre que, se o judiciário brasileiro, com base na ADPF nº 153, obsta a investigação criminal determinada pela Corte IDH, é certo que o ato configura um ilícito internacional consistente na desobediência à norma individual de direito internacional prolatada por tribunal internacional ao qual o

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Arguinte: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Eros Grau, julgado em 28 abr. 2010.

²⁷ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gomes Lund y Otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil, Resumen Oficial Emitido Por La Corte Interamericana de La Sentencia de 24 de Noviembre de 2010. **Disponível em:** <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_219_esp.pdf>. Acesso em 01 de março de 2020.

²⁸ Situação análoga ocorreu no caso Vladimir Herzog e outros vs. Brasil, também apreciado pela Corte IDH.

²⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 231.

Brasil se submeteu voluntariamente à jurisdição³⁰.

Importa destacar que a tese que se advoga não tem o condão de submeter os tribunais domésticos ao jugo dos tribunais internacionais, mas, antes, fazer com que os órgãos jurisdicionais ajam de forma coerente entre si. Em outras palavras, não se trata de fazer da Corte IDH uma espécie de instância recursal com competência para rever os pronunciamentos judiciais no âmbito dos Estados membros, mas de levar em consideração que também o Judiciário enquanto Poder da República está incumbido de emprestar efetividade ao direito internacional, seja na forma de concretização das normas, seja por não obstar o cumprimento de decisões internacionais. Nesse caso, o STF foi de encontro aos dois, pois por meio da decisão descumpriu norma convencional válida na ordem jurídica doméstica, segundo a interpretação da Corte IDH, e obstou o cumprimento de decisão judicial de tribunal internacional.

Em verdade, esse tipo de situação pode ser evitado por meio da articulação entre as cortes, a fim de minimizar circunstâncias constrangedoras como a do caso descrito. De fato, com a consolidação da tese firmada no RE 466.347/SP, a CADH, em que pese não integre o bloco de constitucionalidade, continua servindo de parâmetro para analisar a compatibilidade da legislação infraconstitucional com a ordem jurídica brasileira. Nesse sentido, nota-se o crescente engajamento do STF com o regime regional de proteção dos direitos humanos e, por conseguinte, com seus órgãos, a Corte IDH e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Essa postura pode ser ilustrada a partir de dois julgados recentes sobre a matéria: a questão de ordem no Recurso

³⁰ Para mais informações acerca do trancamento das ações penais ver: BRASIL. Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. *Crimes da ditadura militar*: Brasília, 2017. P. 125-144. (Série relatórios de atuação, 2). Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/005_17_crimes_da_ditadura_militar_digital_paginas_unicas.pdf. Acesso em: 06 abr. 2020.

Extraordinário com Agravo nº 1.054.490, do qual adveio a Repercussão Geral Tema 974; e a ADPF 496.

No primeiro caso, o Plenário do STF reconheceu a repercussão geral acerca da admissibilidade ou não de candidaturas avulsas para cargos eletivos em pleito majoritário, face à CADH e à Constituição Federal. Em síntese, no que toca à CADH, cumpre saber se a vedação a candidaturas avulsas atenta conta o disposto no artigo 23.2 da Convenção, que limita a regulação das condições de elegibilidade a “motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal”³¹.

Consoante o inteiro teor da Questão de Ordem, o Relator, o Ministro Roberto Barroso, considerou que a o objeto enseja uma resolução que pode se assemelhar ao RE 466.347/SP, que reconheceu a supralegalidade da CADH na ordem jurídica brasileira. Dessa forma, a repercussão geral foi reconhecida levando-se em conta a possibilidade de a legislação ordinária, no caso a Lei nº 4.737/1965 (Código Eleitoral) e a Lei nº 9.504/1997, ver-se revogada naquilo em que for incompatível com a CADH, tornando inaplicável o dispositivo constitucional à espécie³².

Com efeito, o emprego dessa diretriz hermenêutica proporcionaria uma mudança no tratamento da matéria pelos tribunais. Conforme a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), a impossibilidade de candidatura avulsa decorre da previsão inserta no artigo 14, § 3º, V, da Constituição Federal, que supera hierarquicamente a CADH e, portanto, esvazia seu

³¹ BRASIL. Decreto nº 678/1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.054.490/RJ. Recorrentes: Rodrigo Sobrosa Mezzomo e Rodrigo Rocha Barbosa. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Roberto Barroso, julgado em 05 out. 2017.

comando normativo a nível doméstico³³⁻³⁴. De fato, independentemente do resultado, o reconhecimento da repercussão geral pelo STF proporciona o exame mais acurado do tratamento da matéria no SIPDH, em lugar de uma linha argumentativa exclusivamente hierárquica de dispensa de imediato a aplicação da Convenção face à Constituição. A medida é, portanto, salutar para a compreensão coerente da ordem jurídica brasileira.

Mais recentemente, a ADPF 496 tratou da recepção ou não do artigo 331, Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal), que tipifica o crime de desacato, pela ordem constitucional inaugurada em 1988. Em seu voto, o Relator, mais uma vez o Ministro Roberto Barroso, abordou as alegações de violação à CADH e à jurisprudência da Corte IDH³⁵.

Na primeira parte do voto, dois elementos são interessantes para a construção do posicionamento da corte a respeito do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIPDH): (i) a manutenção da hierarquia supralegal da CADH; e (ii) a relação do STF com a jurisprudência da Corte IDH. Nessa perspectiva, ao tempo em que mantém o entendimento a respeito da posição hierárquica do diploma na ordem jurídica brasileira, o STF continua aumentando a densidade na fundamentação de seus votos no que toca à análise dos posicionamentos advindos

³³ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...]§ 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: [...] V - a filiação partidária. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2020)

³⁴ Exemplificadamente: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental na Petição nº 0600614-20.2018.6.00.0000. Agravante: Rodrigo Sobrosa Mezzomo e outro. Relator: Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, julgado em 20 nov. 2018. e BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental na Petição nº 0600886-14.2018.6.00.0000. Agravante: Carlos Alexandre Klomfahs. Relator: Ministro Admar Gonzaga, julgado em 26 set. 2018.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 496. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro Roberto Barroso, julgado em 22 jun. 2020.

do SIPDH.

No que toca ao segundo ponto, o Ministro Relator ressaltou que, no âmbito do SIPDH, “os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir somente as decisões da Corte e, ainda assim, apenas nos casos em que forem partes”³⁶. Todavia, mesmo atestando a ausência de apreciação do artigo 331, Código Penal pelo tribunal internacional, o voto não deixou de levar em consideração sua jurisprudência, afastando a aplicabilidade, no caso concreto, dos precedentes invocados³⁷.

Esses julgados recentes demonstram a importância da Corte IDH no campo da concretização dos direitos humanos a nível doméstico, notadamente em virtude da relevância da CADH para a ordem jurídica brasileira. Diante da necessidade de se aplicar o direito internacional em posição hierarquicamente superior à legislação ordinária, os tribunais domésticos precisam interpretar o direito interamericano, do qual faz parte não só a letra fria da Convenção, mas todo o trabalho interpretativo levado pela Corte IDH e pela CIDH, seus primeiros intérpretes.

O risco da tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos firmados antes da Emenda Constitucional 45/2004 repousa, justamente, na sua não aplicação por suposta incompatibilidade com o texto constitucional, questão que deve ser analisada antes da ratificação dos acordos e não em momento posterior. Por implicar em ilícito internacional e em descumprimento do princípio *pacta sunt servanda*, posicionamentos

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 496. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro Roberto Barroso, julgado em 22 jun. 2020, p. 3.

³⁷ No voto, o Ministro Relator analisou os precedentes *Verbitsky v. Argentina*, *Palamara-Iribarne v. Chile* e *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, afastando sua aplicabilidade ao caso diante da ausência de considerações da Corte IDH a respeito da compatibilidade ou não da tipificação em abstrato do crime de desacato com a CADH. BRASIL. (Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 496. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro Roberto Barroso, julgado em 22 jun. 2020, p. 4 ss.)

jurisprudenciais que tratam com descuido as convenções em matéria de direitos humanos, à semelhança da posição do TSE, são extremamente danosos à integridade da ordem jurídica brasileira e afrontam a dinâmica necessária entre as cortes internacionais e domésticas na aplicação do direito internacional dos direitos humanos.

3.1.2 A QUESTÃO DO TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL: A APLICABILIDADE DAS CONVENÇÕES DE VARSÓVIA E MONTREAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

No que se refere à aplicação de tratados internacionais que versam sobre matérias diversas dos direitos humanos, que ainda recebem o tratamento da paridade normativa, já refutado em momento anterior, interessa a mudança de entendimento do STF a respeito do transporte aéreo internacional.

A virada jurisprudencial ocorreu nos autos do Recurso Extraordinário nº 636.331/RJ, cujo acórdão, julgado em sede de repercussão geral, foi prolatado em 25 de maio de 2017³⁸. No julgamento do recurso, o Pleno do STF decidiu pela prevalência da Convenção de Montreal para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional de 1999 (Decreto nº 5.910/2006) em relação à Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). Esse posicionamento representou uma mudança em relação à interpretação anterior, que considerava a primazia da lei consumerista, com base no valor constitucional do direito tutelado³⁹.

³⁸ Tema 210, Tese: “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 351750, Acórdão. Recorrente: Varig S/A - Viação Aérea Rio-Grandense. Recorrida: Ana Maria da Costa Jardim. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Diário Oficial da União*. Brasília, 25 set. 2009.

No caso concreto em análise, a controvérsia consiste na constitucionalidade ou não da aplicação do limite indenizatório para danos decorrentes do extravio de bagagens, determinado pelo artigo 22 da Convenção de Montreal de 1999. Assim, coube aos ministros decidir sobre o afastamento da norma inserta no artigo 14, Código de Defesa do Consumidor (CDC), relativa ao dever de indenizar do fornecedor, que deve guardar relação de equivalência com o dano, não comportando limitações em abstrato.

Nos termos do voto do relator, o ministro Gilmar Mendes, a superação da legislação ordinária ocorre em virtude da aplicação dos critérios da antiguidade e da especialidade, segundo a hermenêutica tradicional. Portanto, mesmo mantida a tese da paridade normativa, a antinomia aparente é solucionada em favor do tratado internacional por ser a “lei” mais nova – o decreto que integrou a convenção ao ordenamento jurídico brasileiro é mais recente que o CDC – e, sobretudo, pela especialidade do tratado, que trata das relações de consumo especificamente relacionadas ao transporte aéreo internacional de pessoas, bagagem ou carga, consoante o artigo 1 da Convenção de Montreal de 1999.

Em linhas gerais, as regras da Convenção de Montreal devem prevalecer em relação ao CDC, independentemente de as segundas serem mais benéficas, como ocorre na situação em apreço, qual seja a imposição de limitação ao valor das indenizações aplicáveis às empresas de transporte aéreo.

Convém destacar, ainda, uma consideração feita pelo ministro Roberto Barroso sobre o artigo 178 da Constituição Federal⁴⁰. Na sua perspectiva, “a Constituição, no artigo 178, prevê expressamente a prevalência das convenções internacionais nessa matéria”⁴¹. Em outras palavras, o ministro parece

⁴⁰ Constituição Federal, art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331, Acórdão.

identificar mais uma exceção, dentre tantas, à regra da paridade normativa dos tratados internacionais perante a legislação ordinária.

Essa linha interpretativa, que leva em consideração o texto da Constituição, parece mais adequada ao direito positivo brasileiro, assim como mais benéfica à plena efetividade do direito internacional. Isso porque se o artigo 178 determina que a lei deve observar o disposto nos tratados internacionais sobre transporte internacional firmados pelo Brasil, então não há necessidade de emprego do critério da especialidade ou da antiguidade, a questão é simplesmente hierárquica, à semelhança do que acontece com o legislação tributária.

Se, no momento, ambas as *rationes decidendi* levam ao mesmo resultado, a prevalência da Convenção de Montreal, o mesmo não se pode dizer em termos de segurança jurídica do posicionamento firmado. A tese da paridade normativa é consideravelmente mais frágil e abre espaço para a futura edição de leis que regulem a matéria de maneira distinta, ao passo que a adoção do valor supralegal, a partir da leitura do artigo 178 da Constituição, estabiliza a questão em definitivo.

De toda forma, a virada jurisprudencial que privilegia a aplicação de convenção internacional, ratificada pelo Brasil e em vigor tanto na ordem internacional quanto na interna, representa um avanço na aplicação do direito internacional pelo judiciário brasileiro. O entendimento, que passa a valer em todos os casos aplicáveis, certamente oferece maior segurança jurídica às partes envolvidas e proporciona, mesmo que temporariamente, a plena observância da norma *pacta sunt servanda* pelo Estado brasileiro.

3.2. A POSIÇÃO INSTÁVEL DO TST EM RELAÇÃO À PREVALÊNCIA DAS CONVENÇÕES DA OIT

De maneira semelhante, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) também resiste a uma aplicação coerente do direito internacional. O direito do trabalho, que possui assento constitucional e integra o ramo dos direitos humanos, também é amplamente regulado no cenário internacional, mediante os esforços da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Assim, diante da primazia do direito do trabalho ante a legislação ordinária, as convenções internacionais acerca da matéria ocupam lugar de destaque na ordem jurídica brasileira.

Contudo, o tribunal apresenta jurisprudência vacilante a respeito do tema. Um exemplo disso é o tratamento dos adicionais de periculosidade e insalubridade. Em um primeiro momento, em sede de Embargos ao Recurso de Revista nº 1072-72.2011.5.02.0384, versando sobre a possibilidade ou não de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, os ministros da 7ª Turma, em interpretação consentânea com as Convenções 148 e 155 da OIT, decidiram pela possibilidade de o trabalhador reunir as verbas salariais, tendo em vista que os direitos provêm de fatos geradores distintos, dando prevalência ao direito internacional sobre as normas de Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) ⁴².

Segundo essa linha argumentativa, o voto do Relator, Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, ressaltou (i) a índole constitucional dos adicionais de insalubridade e periculosidade; e (ii) a impossibilidade de a lei ordinária promover a redução do alcance da norma constitucional, sob pena de ofensa ao princípio da máxima efetividade da Constituição. Sobre os tratados internacionais em matéria de direitos humanos, asseverou que “a jurisprudência consolidada do STF lhes reconhece *status* de supralegalidade, o que significa afirmar estarem em patamar

⁴² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista nº 1072-72.2011.5.02.0384. Acórdão. Embargante: Amsted-Maxion Fundação e Equipamentos Ferroviários S.A. Embargado: Ivanildo Bandeira. Relator: Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão. Diário Oficial da União. Brasília, 24 set. 2014.

de hierarquia superior à CLT”, razão pela qual as Convenções nº 148 e 155 da OIT deveriam prevalecer sobre a lei ordinária, derogando, portanto, o artigo 193, §2º, CLT e o item 16.2.1 da Norma Regulamentadora nº 16 (NR-16) da Portaria nº 3.214/1978 do Ministério do Trabalho e Emprego naquilo em que vedam a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Nada obstante, em 2016, o caso foi novamente apreciado pelo tribunal, dessa vez pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, nos Embargos nº 1072-72.2011.5.02.0384., ocasião em que se concluiu em sentido contrário, isto é, pela impossibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade⁴³.

Segundo o voto sucinto do Ministro Renato de Lacerda Paiva, Relator do processo, a vedação contida no art. 193, §2º, CLT foi recepcionada pela ordem constitucional vigente, que garante a opção, pelo trabalhador, pelo benefício que lhe for mais benéfico. Nota-se que o voto em apreço não se desincumbiu de considerar os argumentos perfilhados na decisão anterior, notadamente aqueles relacionados ao artigo 7º, XXIII, Constituição Federal e às Convenções nº 148 e 155 da OIT.

Ao longo da fundamentação, o Relator citou, ainda, os Embargos nº 443-80.2013.5.04.0026⁴⁴, como reforço argumentativo. Nesse caso, a ementa expõe a compatibilidade entre a norma trabalhista interna e os citados tratados internacionais. Em suma, de acordo com o Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, a vedação ao gozo cumulativo dos adicionais pela legislação trabalhista não está em desacordo com as normativas

⁴³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-1072-72.2011.5.02.0384. Acórdão. Embargante: Amsted-Maxion Fundação e Equipamentos Ferroviários S.A. Embargado: Ivanildo Bandeira. Relator: Ministro Renato de Lacerda Paiva. Diário Oficial da União. Brasília, 13 out. 2016.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. Embargos nº TST-E-RR-443-80.2013.5.04.0026. Acórdão. Embargante: Claudio Zvoziak. Embargada: Sociedade Meridional de Educação – SOME. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Diário Oficial da União. Brasília, 28 abr. 2016.

internacionais, visto que as convenções não determinam de forma expressa a obrigatoriedade de cumulação de adicionais.

Embora não tenha sido a decisão responsável pela mudança no entendimento da corte, o voto do Ministro Aloysio Corrêa da Veiga transparece a dificuldade técnica dos tribunais brasileiros, inclusive os superiores, de emprestar efetividade ao direito internacional. Sabidamente, a redação das normas internacionais possui teor mais genérico, para que possam se adaptar às diferentes tradições jurídicas, razão pela qual esse tipo de interpretação profundamente literal esvazia de sentido as convenções em comento e fere o objetivo de sua elaboração.

4. CONCLUSÃO

A vinculação do Judiciário ao direito internacional e, por conseguinte, aos seus princípios, elementos estruturais e padrões de interpretação, permanece como um desafio na ordem jurídica brasileira. Diante da resistência e do olhar “isolado” para um tratado internacional por vez, incumbiu a essa análise a adoção de uma perspectiva sistêmica, que levasse em conta os elementos constitucionais assim como as regras intrínsecas do direito internacional enquanto ordem jurídica.

O que se pretendeu com esse estudo foi revisitar um recorte da teoria normativista para, a partir disso, transportar a lógica kelseniana para o ordenamento jurídico brasileiro e, assim, colocar à prova sua coerência com os mandamentos da ordem internacional contemporânea. De fato, o que se percebe é um tratamento descentralizado do ponto de vista hierárquico que, em vez de unidade, oferece um conjunto truncado de regras que impõem regimes diferenciados a normativas de mesmo valor no plano internacional, onde foram produzidas.

Colocada em prática, como de fato o é, o ordenamento jurídico interno despoja o direito internacional de sua função de limitar o domínio de validade da ordem jurídica nacional, uma

vez que o legislador ordinário tem poderes para legislar em desacordo com as normas de direito internacional, ou pelo menos as normas dos tratados internacionais em vigor. Igualmente, o Judiciário parece guardar somente para si a função de interpretar e aplicar conforme seu entendimento normas que não são válidas apenas na ordem jurídica brasileira, mas geram efeitos no âmbito internacional e também em várias outras ordens jurídicas domésticas.

Esse cenário situa do Estado brasileiro em uma posição de desconfiança em relação ao cumprimento das obrigações pactuadas internacionalmente. Com efeito, uma vez assumida a obrigatoriedade do direito internacional, estatuída sua validade enquanto ordem de coerção, o Estado se encontra plenamente apto a ser responsabilizado por atos ilícitos, seja ele feito em obediência a disposição interna ou não.

Portanto, interpretações que privilegiam o direito interno, sobretudo a legislação internacional, estão aptos a gerar ilícitos e situações constrangedoras para o Brasil em suas relações políticas, comerciais e também jurídicas, como foi o caso do descumprimento da sentença exarada pela Corte IDH no caso Gomes Lund.

Independentemente da posição do Judiciário acerca do valor constitucional, supralegal ou legal dos tratados internacionais vigentes no Brasil, sua obrigatoriedade no plano internacional é a mesma, e a prevalência do direito interno sobre eles constitui uma lesão à boa-fé e ao *pacta sunt servanda*, independentemente do que diz o intérprete doméstico da norma internacional. Espera-se, contudo, que enquanto esses entendimentos se mantenham, os tribunais ao menos passem a desenvolver uma interpretação acurada do direito internacional aplicável, levando em consideração também o que dizem os tribunais internacionais ao seu respeito.



5. REFERÊNCIAS

- BICHARA, Jahyr-Philippe. O controle da aplicação do Direito Internacional pelo Poder Judiciário brasileiro: uma análise crítica. *Revista dos Tribunais*, v. 958, p. 233-268, 2015.
- BRASIL. Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. *Crimes da ditadura militar*: Brasília, 2017. P. 125-144. (Série relatórios de atuação, 2). Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/005_17_crimes_da_ditadura_militar_digital_paginas_unicas.pdf. Acesso em: 06 abr. 2020.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.
- BRASIL. Decreto nº 7.030/2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.
- BRASIL. Decreto nº 678/1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.
- BRASIL. Lei nº 5.172/1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário

aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº 3121, Decisão Monocrática. Autor: Estado de Roraima. Réu: União. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, julgado em 02 dez. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Eros Grau, julgado em 28 abr. 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 496. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Roberto Barroso, julgado em 22 jun. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.054.490/RJ. Recorrentes: Rodrigo Sobrosa Mezzomo e Rodrigo Rocha Barbosa. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Min. Roberto Barroso, julgado em 05 out. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343, Acórdão, Repercussão Geral. Recorrente: Banco Bradesco SA. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, julgado em 05 jun. 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 229.096, Acórdão. Recorrente: Central Riograndense de Agroinsumos Ltda. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, DF, julgado em 11 set. 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 80.004, Acórdão. Relator: Min. Xavier de Albuquerque, julgado em 02 jun. 1977. DJe 14 dez. 1977.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 351750, Acórdão. Recorrente: Varig S/A - Viação Aérea Rio-Grandense. Recorrida: Ana Maria da Costa Jardim. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, julgado em 25 set. 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331, Acórdão. Recorrente: Societé Air France. Recorrida: Sylvia Regina de Moraes Resolem. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, julgado em 25 mai. 2017.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista nº 1072-72.2011.5.02.0384. Acórdão. Embargante: Amsted-Maxion Fundação e Equipamentos Ferroviários S.A. Embargado: Ivanildo Bandeira. Relator: Min. Cláudio Mascarenhas Brandão. Brasília, DF, julgado em 24 set. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. Embargos nº TST-ERR-443-80.2013.5.04.0026. Acórdão. Embargante: Claudio Zvoziak. Embargada: Sociedade Meridional de Educação – SOME. Relator: Min. Aloysio Corrêa da Veiga. Brasília, DF, julgado em 28 abr. 2016.
- CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gomes Lund y Otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil, *Resumen Oficial Emitido Por La Corte Interamericana de La Sentencia de 24 de Noviembre de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_219_esp.pdf>. Acesso em 01 de março de 2020.*
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KELSEN, Hans. *Principios de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Libreria El Ateneo Editorial, 1965.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Vol. I, 15ª ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

- SHAFFER, Gregory; POLLACK, Mark A. *Hard and Soft Law*. In: DUNOFF, Jeffrey L.; POLLACK, Mark A (Org.). *Interdisciplinary Perspectives On International Law And International Relations*, p. 197-222, 2013. Cambridge University Press.
<http://dx.doi.org/10.1017/cbo9781139107310.011>.
- VERDROSS, Alfred. O Fundamento do Direito Internacional. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 2, p.1-33, 4 jan. 2014. Centro de Ensino Unificado de Brasília.
<http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v10i2.2685>.