

A Constituição Brasileira de 1988 e o Direito Internacional Público

The 1988 Brazilian Constitution and Public International Law

Valerio de Oliveira Mazzuoli³¹

Resumo: Este estudo investiga o impacto do direito internacional público na ordem jurídica brasileira, em especial na Constituição Federal de 1988. Para tanto, analisaram-se as regras constitucionais brasileiras relativas ao direito internacional e, particularmente, as atinentes à incorporação dos tratados internacionais no Brasil, para o fim de conhecer a hierarquia dos tratados no direito interno brasileiro e as questões daí decorrentes. Depois, o estudo verificou a posição da jurisprudência brasileira (em especial, do Supremo Tribunal Federal) relativa à eficácia do direito internacional público no Brasil, para, finalmente, investigar as diretrizes doutrinárias sobre o tema no direito pátrio. O estudo conclui ter o Poder Judiciário brasileiro avançado no que tange à aplicação do direito internacional no Brasil, não obstante de maneira gradual e ainda lenta.

Palavras-chave: Constituição; Direito Internacional Público; Tratados internacionais; Poder Judiciário; Doutrina.

Abstract: This research addresses the impact of public international law in the Brazilian domestic legal system, especially focusing on the 1988 Federal Constitution. Accordingly, there is a detailed analysis of Brazilian constitutional rules concerning international law and, more specifically,

31 Professor-associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT) e coordenador-adjunto do Mestrado em Direito na mesma Universidade. Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Clássica de Lisboa (Portugal). Doutor summa cum laude em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), campus de Franca. Professor do Programa de Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT). Professor convidado dos programas de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Membro titular da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (SBDI) e da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas (ABCD). Advogado e Consultor Jurídico. Titular da Cadeira n° 36 da Academia Mato-Grossense de Letras.

those concerning the incorporation of international treaties into the domestic legal order. The purpose is to understand the hierarchy and standing of treaties within municipal law and issues flowing from this system. Moreover, this research seeks to analyze case laws (especially Supreme Court decisions) concerning the application of public international law in Brazil in order to address doctrinal aspects of this topic in Brazilian law. The conclusion is that, although slowly and gradually, courts have been increasingly applying international law domestically.

Keywords: Constitution; Public International Law; International Treaties; Courts; Doctrine.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 mantém conexões com o Direito Internacional Público que merecem ser estudadas, tanto do ponto de vista do seu próprio texto quanto à luz da jurisprudência e da doutrina pátrias.³² Nesse sentido, cabe a investigação de como a ordem constitucional brasileira se comporta face às normas do Direito das Gentes em vigor no Brasil, em especial com as normas convencionais (convenções internacionais) de que a República Federativa do Brasil é parte.³³

O estudo que agora vem à luz visa demonstrar o real estado-da-arte da aplicação do Direito Internacional Público no Brasil, apenas compreensível mirando a evolução da matéria desde a promulgação da Constituição de 1988 até os dias atuais. Em especial, verificar-se-á como os tribunais brasileiros incorporam as normas do Direito das Gentes no plano da ordem jurídica interna, bem assim se o método de aplicação judiciária das normas internacionais levado a cabo no Brasil segue a linha do que vem desenvolvido pela doutrina.

32 Um estudo anterior sobre o tema (do qual o presente texto é a versão revista e ampliada) encontra-se em: Mazzuoli, Valerio de Oliveira. O Brasil e o direito internacional público. In: Gouveia, Jorge Bacelar & Coutinho, Francisco Pereira (Coord). O direito internacional público nos direitos de língua portuguesa. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2018, p. 47-80.

33 O conceito de “parte” em norma convencional é estabelecido pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, para a qual a expressão “significa um Estado que consentiu em se obrigar pelo tratado e em relação ao qual este esteja em vigor” (art. 2.º, 1, g).

2. Direito Internacional Público na ordem constitucional brasileira

Para o fim de verificar as relações da Constituição de 1988 com o Direito Internacional Público, mister compreender a estatura atribuída ao Direito das Gentes na ordem constitucional brasileira, bem assim o impacto que as normas internacionais têm causado em nossa órbita jurídica.

Cabe, desde já, esclarecer que a Constituição Federal de 1988 não dispõe de regras claras sobre a estatura do Direito Internacional Público na ordem jurídica brasileira (à exceção dos tratados de direitos humanos, como se verá) e seus respectivos efeitos. Não há, de fato, no texto constitucional do Brasil qualquer norma expressa relativa ao impacto e à aplicabilidade do Direito Internacional Público geral em nosso ordenamento interno. Deixou-se tal incumbência para a opinião, necessariamente falível, da doutrina e da jurisprudência, legando a estas um problema que competia ao legislador constituinte evitar.³⁴ O que se pode dizer existir na ordem constitucional brasileira são apenas pouquíssimos dispositivos que dizem respeito quer ao procedimento de incorporação dos tratados ao Direito interno (art. 49, I e art. 84, VIII) ou à possibilidade de aplicação direta, pelo Poder Judiciário, desses mesmos instrumentos independentemente de “transformação” legislativa (art. 102, III, b; art. 105, III, a; art. 109, III). Sobre a estatura propriamente dita do Direito das Gentes na ordem constitucional brasileira não há nada além do que ilação constitucional, sem posição que se possa dizer firme sobre o tema em questão.

Há, no entanto, algumas normas constitucionais específicas para os tratados sobre direitos humanos incorporadas posteriormente ao texto, que garantem tanto a hierarquia constitucional dos tratados aprovados por maioria qualificada no Congresso Nacional (art. 5.º, § 3.º) quanto a possibilidade de deslocamento de competência da Justiça Estadual

34 Para críticas, cf. Mazzuoli, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 311 e ss.

à Justiça Federal em casos de graves violações de direitos humanos e a fim de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é parte (art. 109, § 5.º). Tais normas sobre os tratados internacionais de direitos humanos, são, porém, exceção à regra da lacuna jurídica apresentada pelo texto constitucional brasileiro relativamente à estatura jurídica do Direito Internacional geral no Brasil. Ao menos, porém, em sede excepcional o Carta Magna de 1988 versou tema afeto à integração e aplicabilidade do Direito Internacional Público (convencional) em nossa ordem jurídica interna, a justificar a importância do controle de convencionalidade no Direito brasileiro.

Em suma, para além das normas voltadas a regular alguns aspectos da eficácia dos tratados internacionais (de direitos humanos) no Brasil, não há na Constituição brasileira de 1988 qualquer norma a garantir a plena eficiência do Direito Internacional geral na ordem jurídica brasileira (nada dizendo o texto constitucional, v.g., sobre a integração dos costumes e dos princípios internacionais). Tal constatação leva à conclusão de existir grave falha na Constituição brasileira ao não estabelecer, de forma clara, o estatuto jurídico do Direito Internacional geral no plano do Direito interno, o que termina por causar dificuldades sérias de aplicação (especialmente por parte do Judiciário) do direito não convencional no Brasil, especialmente o costumeiro.

Para nós, falta ao texto constitucional brasileiro norma semelhante à do art. 25 da Lei Fundamental da Alemanha, que expressamente dispõe que as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal e se sobrepõem às leis nacionais. O que há na Constituição brasileira, isso sim, é um rol de princípios pelos quais a República Federativa do Brasil deve reger-se nas suas relações internacionais (art. 4.º, I a X), bem como disposições referentes à aplicação dos tratados pelos tribunais (art. 102, III, b, art. 105, III, a e art. 109, III e V). Porém, regra expressa de reconhecimento ou aceitação do Direito

Internacional pelo Direito interno – à exceção, repita-se, dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, que guardam índole e nível constitucionais segundo opinião doutrinária – inexistente na Carta de 1988.

É por esse exato motivo que qualquer investigação que se pretenda levar a cabo há de referir-se unicamente à incorporação de tratados na ordem jurídica brasileira, faltante no texto constitucional regras gerais sobre a eficácia e a aplicabilidade do direito não convencional no Brasil. Sobre as normas convencionais e sua integração à ordem doméstica brasileira é que, portanto, esta investigação pretende se fixar.

2.1 Incorporação do Direito Internacional convencional na ordem jurídica interna

As normas convencionais têm sua incorporação à ordem interna brasileira condicionada, primeiro, ao referendo do Poder Legislativo (CF, art. 49, I) e, depois, à ratificação pelo Presidente da República, seguida de sua promulgação e publicação no Diário Oficial da União.

O iter desse tramitar é extremamente complexo e, a depender da convenção de que se trate, pode demorar anos até a sua conclusão. Aqui basta dizer simplesmente que o Direito Internacional convencional se incorpora ao Direito brasileiro mediante a conjugação de vontades do Poder Executivo, que celebra o tratado, e do Poder Legislativo, que o referenda e, por esse meio, autoriza o Presidente da República a levar a cabo a expressão do consentimento do Estado, ratificando-o.³⁵

A vontade de cada um dos poderes constituídos (Executivo e Legislativo) é necessária para a incorporação do tratado à ordem interna brasileira, mas não é suficiente por si só,

35 Para um estudo detalhado dessa sistemática, v. Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 417 e ss. Para um panorama da celebração de tratados nos países de língua portuguesa, v. Gouveia, Jorge Bacelar. *Manual de direito internacional público: uma perspectiva de língua portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 339-365.

vez que apenas as duas vontades conjugadas (a que celebra o instrumento e a que o referenda internamente, dando carta branca ao Presidente para a posterior ratificação) é que são capazes de fazer incorporar as normas convencionais no Brasil, nos termos do que dispõe a Constituição de 1988 (arts. 84, VIII e 49, I, respectivamente).

Destaque-se que o referendo parlamentar apenas autoriza (não obriga) o chefe do Poder Executivo a dar cabo à expressão do consentimento do tratado pela ratificação; pode também o Congresso Nacional rejeitar o acordo, quando então ficará o Presidente da República impedido de proceder à sua ratificação (se o fizer, poderá responder por crime de responsabilidade, segundo previsão expressa da Constituição – art. 85, II). O referendo do Poder Legislativo permite que o Presidente da República ratifique o tratado, podendo o Presidente, portanto, deixar livremente de fazê-lo (caso não seja oportuna ou conveniente a ratificação). Ratificado, porém, o instrumento internacional, o Brasil (estando o tratado já em vigor no plano internacional) torna-se parte dele,³⁶ engajando-se definitivamente no compromisso internacional em causa, dele somente podendo se retirar pela via técnica da denúncia.

Entre nós, há certa discussão jurídica sobre em que momento ingressa efetivamente o tratado na ordem jurídica brasileira, tendo o Supremo Tribunal Federal entendido que só depois dos atos de promulgação e publicação é que passaria o tratado a vigorar internamente. Assim, no julgamento da Carta Rogatória n.º 8279, da República Argentina, o STF decidiu que “a recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do Mercosul depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de

36 V. art. 2º(1)(g), da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, segundo a qual “parte significa um Estado que consentiu em se obrigar pelo tratado e em relação ao qual este esteja em vigor”.

tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executóriedade do ato de direito internacional público, que passa, então – e somente então – a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno”.³⁷

Naquele mesmo julgamento, disse ainda o STF que “o princípio do efeito direto (aptidão de a norma internacional repercutir, desde logo, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares) e o postulado da aplicabilidade imediata (que diz respeito à vigência automática da norma internacional na ordem jurídica interna) traduzem diretrizes que não se acham consagradas e nem positivadas no texto da Constituição da República, motivo pelo qual tais princípios não podem ser invocados para legitimar a incidência, no plano do ordenamento doméstico brasileiro, de qualquer convenção internacional, ainda que se cuide de tratado de integração, enquanto não se concluírem os diversos ciclos que compõem o seu processo de incorporação ao sistema de direito interno do Brasil”.³⁸

Nesse sentido, à luz da jurisprudência do STF as normas internacionais (tratados ratificados) apenas atingem o Estado e os cidadãos depois de promulgadas e publicadas (subsequentemente à ratificação). Em outras palavras, o tratado não entraria em vigor no Estado brasileiro (segundo o STF) antes do ato palaciano de promulgação (e de publicação). A partir desse momento, diz-se que a ordem jurídica interna foi inovada, quando então os juízes e tribunais pátrios estariam habilitados a diretamente aplicar as normas internacionais em vigor e a controlar a convencionalidade das leis.

37 STF, Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 8279/Argentina, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 17.06.1998, DJ 10.08.2000.

38 Idem, *ibidem*.

A doutrina do STF, contudo, não passa imune à crítica de que o ato de promulgação é mera praxe interna, nascida com o primeiro tratado internacional celebrado no Império, que não encontra guarida no texto constitucional em vigor. De fato, depois de ratificado o tratado o Brasil já é parte dele, caso o mesmo já se encontre em vigor no plano internacional, momento a partir do qual já poderão outros Estados exigir do Brasil o cumprimento efetivo do instrumento celebrado, independentemente do ato interno de promulgação. O que há de ter valor para a plena eficácia de um tratado na ordem interna brasileira é a ratificação do instrumento internacional, não um ato palaciano ulterior que não encontra fundamento na Constituição da República. A palavra que um Estado empenha no plano internacional é de suprema valia, e tal palavra se efetiva pelo ato ratificatório, estando já o tratado internacional em vigor. Essa palavra empenhada não pode, à evidência, depender de atos internos posteriores que não fazem mais que divulgar à Nação o compromisso internacionalmente firmado, sem relevo para as demais potências que com o Brasil negociaram.

Se é verdade que não há óbice à promulgação do instrumento pela via executiva, não é menos certo que o instrumento ratificado já é conhecido do Direito interno desde a sua promulgação do Diário do Congresso Nacional, quando de sua aprovação pelo Parlamento. É bom e saudável, não há dúvidas, que todos os atos internacionais sejam promulgados pelo Poder Executivo. Tal, contudo, não pode levar à inaplicação de instrumentos importantes para os brasileiros e todos aqueles (estrangeiros ou apátridas) que se encontrem em nosso território, em razão de já estarem tais instrumentos em vigor tanto no plano internacional quanto na ordem interna. Assim, faltante na Constituição brasileira regra expressa sobre promulgação de tratados, não há que se negar direitos àqueles que se fundamentam em instrumentos internacionais não promulgados, contudo já ratificados e em vigor no País, sob pena de responsabilidade internacional do Estado.

2.2 Posição do Direito Internacional Público na hierarquia das fontes do Direito interno

A Constituição brasileira de 1988 não disciplina, de forma clara, qual a posição hierárquica do Direito Internacional Público em geral no plano da hierarquia das fontes. Apenas no que diz respeito aos tratados de direitos humanos é que a Constituição especifica algo relativo à hierarquia normativa, dizendo que se tal tratado (de direitos humanos) for aprovado por três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, será “equivalente” às emendas constitucionais (CF, art. 5.º, § 3.º). Tal dispositivo, como se percebe, é juridicamente insuficiente, pois coloca no limbo todos os demais tratados de direitos humanos não aprovados por dita maioria qualificada, trazendo a dúvida (de difícil resolução) de saber em qual nível hierárquico eles se encontram. Para não igualar tais tratados (não aprovados por maioria qualificada) com os instrumentos internacionais comuns é que o STF adotou a tese (seguindo o voto do Min. Gilmar Mendes) de que os tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5.º, § 3.º, da Constituição, guardariam nível supralegal no Brasil.³⁹

Dessa forma, em sede constitucional no Brasil – à luz da jurisprudência atual do STF – tem-se tripla hierarquia das normas internacionais (tratados) no plano do nosso Direito interno, assim compreendida:

- a) tratados de direitos humanos internalizados mediante aprovação qualificada no Congresso Nacional (CF, art. 5.º, § 3.º) guardam equivalência de emenda constitucional;
- b) tratados de direitos humanos internalizados mediante aprovação por maioria simples no Congresso Nacional guardam nível supralegal (art. 5.º, § 2.º);
- e

39 STF, Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 03.12.2008, DJe 12.12.2008.

- c) tratados internacionais comuns (que versam temas alheios aos direitos humanos) guardam nível de lei ordinária no plano jurídico interno.

Reitere-se que essa diferenciação sobre a hierarquia dos tratados no plano constitucional brasileiro é realizada pela Suprema Corte, não pelo próprio texto constitucional, que – salvo no caso muito específico dos tratados sobre direitos humanos – nenhuma disposição clara tem a esse respeito. Tal jurisprudência é oscilante e poderá modificar-se num prazo até mesmo curto de tempo, especialmente depois do ingresso de novos ministros à Suprema Corte do Brasil.

Certo é que muitas são as críticas que até hoje se fazem ao texto constitucional brasileiro por ter feito tabula rasa das discussões constituintes que pretendiam normatizar, de modo claro, a posição do Direito Internacional Público na hierarquia das fontes do Direito interno. Várias foram as propostas apresentadas, mas nenhuma foi levada em conta. Na Revisão Constitucional de 1944, o então deputado Adroaldo Streck propôs substituir o parágrafo único do art. 4.º da Constituição por três novos parágrafos, a preverem, respectivamente, que “as normas de direito internacional são parte integrante do direito brasileiro”, que “a integração econômica, política, social e cultural visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações, constitui objetivo prioritário da República Federativa do Brasil”, e que “desde que expressamente estabelecido nos respectivos tratados, as normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais, de que o Brasil seja parte, vigoram na ordem interna brasileira”.⁴⁰ A proposta, contudo, não vingou, pelo que o texto constitucional continuou a passar ao largo do problema. Assim o fazendo, deixou para a doutrina e, especialmente, para a jurisprudência do STF a solução da questão.

Em suma, e não obstante todas as críticas da doutrina, a posição atual do STF sobre o tema é de que os tratados de

40 PRE n° 001079-1.

direitos humanos guardam nível supralegal em nossa ordem jurídica, enquanto que os demais tratados (tratados comuns) teriam nível apenas de lei ordinária. Tal entendimento vai de encontro ao que dispõe o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, segundo o qual “[...] uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Esse dispositivo demonstra (os Estados-membros da ONU é que adotaram esse entendimento na década de 1960) que todo o Direito das Gentes detém primazia hierárquica nas ordens jurídicas internas, e não apenas o Direito Internacional relativo a direitos humanos. Essa, contudo, não é (como deveria ser) a tese defendida pela maioria do STF até o momento.

2.3 Alterações constitucionais motivadas pela adoção de tratados

Como decorrência direta da incorporação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) no direito brasileiro, houve importante alteração constitucional no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, relativa à inserção no rol dos direitos e deveres individuais da garantia da “razoável duração do processo”. Tal está a demonstrar que, em nosso País, têm sido viáveis as alterações constitucionais motivadas pela adoção de tratados internacionais, sobretudo os de direitos humanos, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

De fato, a Convenção Americana refere-se, em dois dispositivos, à necessidade de razoabilidade na duração dos procedimentos judiciais, primeiro, no art. 7.º(5), ao dispor que toda pessoa presa “tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo”, e, depois, no art. 8.º(1), ao estabelecer que toda pessoa “terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus

direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.⁴¹

Com inspiração nítida nessas regras internacionais o poder constituinte reformador brasileiro (pela Emenda Constitucional n.º 45/2004) acresceu o inciso LXXVIII ao art. 5.º da Constituição, dispondo que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Assim, além de se inspirar no legislador interamericano, a Constituição brasileira de 1988 ampliou essa garantia convencional para aplicar o princípio da razoável duração do processo em quaisquer âmbitos, seja judicial ou administrativo; e, no âmbito judicial, para quaisquer tipos de processos, sejam cíveis, criminais, trabalhistas etc.

Destaque-se, também, que no plano da legislação infraconstitucional houve, igualmente, influência direta de normas internacionais ratificadas pelo Brasil, como ocorreu, v.g., com a promulgação (em 7 de agosto de 2006) da Lei Federal n.º 11.340 sobre violência doméstica e familiar contra a mulher, também conhecida como Lei Maria da Penha, elaborada como resultado de ação contra o Brasil levada a cabo no sistema interamericano de direitos humanos e da ratificação pelo País da anterior Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de 1994 (Convenção de Belém do Pará).

Tal está a demonstrar que o Direito brasileiro tem (ainda que de modo não constante) se inspirado no legislador interamericano para normatizar aspectos importantes da proteção dos direitos humanos no plano interno. Ao menos na seara dos direitos humanos tem havido, portanto, inspiração da ordem jurídica brasileira no legislador internacional.

Não se pode dizer o mesmo, contudo, relativamente a outras convenções internacionais (que versam temas alheios

41 Para um comentário desses dispositivos, v. Gomes, Luiz Flávio & Mazzuoli, Valerio de Oliveira. Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 61 e ss.

aos direitos humanos) de que a República Federativa do Brasil é parte, pois há histórica barreira cultural no Brasil na pretensão de alterar o texto constitucional tendo como paradigmas tratados internacionais comuns, em parte justificada pela cultura constitucional brasileira de supremacia do texto constitucional sobre as normas do Direito Internacional geral.

2.4 Alterações constitucionais e legislativas subsequentes a decisões de organismos internacionais

Até o momento poucas foram as alterações legislativas ocorridas no Brasil decorrentes de decisões de órgãos internacionais (jurisdicionais ou não). Uma delas, como já destacado, foi a promulgação da chamada Lei Maria da Penha sobre violência doméstica e familiar contra a mulher, decorrência de recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao Brasil. Apesar de o “Caso Maria da Penha” não ter chegado à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (o Brasil, àquela época, ainda não havia aceitado a jurisdição contenciosa do tribunal interamericano), merece destaque o fato de que foram respeitadas, pelo Estado brasileiro, as recomendações da Comissão Interamericana relativas à violência doméstica e familiar contra a mulher, em razão das violações a direitos humanos sofridas pela Sra. Maria da Penha Maia Fernandes (responsável por deflagrar o caso perante o sistema interamericano de direitos humanos); elaborou-se uma lei com a finalidade de coibir e erradicar a violência contra a mulher, prevendo várias medidas de proteção.

Outro caso digno de registro (agora decorrente de decisão da Corte Interamericana) é o conhecido caso “Guerrilha do Araguaia”, decidido pelo tribunal interamericano em 24 de novembro de 2010.⁴² O caso teve impacto legislativo direto no Brasil, por ter a Corte Interamericana ordenado ao Estado brasileiro que investigasse a memória e a verdade dos

42 Corte IDH, Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24.11.2010, Série C, n° 219.

fatos ocorridos durante o período do regime militar, culminando com a edição da lei que criou a Comissão da Verdade. Naquele julgamento, entendeu-se que a Lei de Anistia brasileira, embora recebida pela Constituição Federal de 1988, era inconveniente (por violar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos) e, portanto, totalmente inválida na ordem jurídica brasileira (por contrariar, inclusive, o jus cogens internacional que fundamenta o dever de investigar e punir os responsáveis pelas graves violações de direitos humanos no País). Entendeu-se que a memória e a verdade dos fatos ocorridos no passado devem vir imediatamente à tona, para que nada seja camuflado da população e para ela tome conhecimento do que realmente ocorreu nesse passado sombrio da história do Brasil.⁴³ Nesse sentido, foi então criada a Comissão da Verdade, instituída pela Lei n.º 12.528/2011 com “a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional” (art. 1.º).

Como se nota, o Direito Internacional Público decisório (aquele decidido por atos de tribunais internacionais, especialmente em matéria de direitos humanos) tem influenciado positivamente o Direito brasileiro para que proceda às alterações legislativas necessárias à adequação da nossa ordem interna à ordem internacional de proteção dos direitos humanos, ainda que, é verdade, em passos mais lentos do que o desejável.

43 Para detalhes, v. Gomes, Luiz Flávio & Mazzuoli, Valerio de Oliveira (Org.). Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 336p.

2.5 Reabertura de processos judiciais internos na sequência de decisões de tribunais internacionais

Tema delicado é o da reabertura de um processo judicial interno após decisão de tribunal internacional sobre o mesmo tema. No caso citado no tópico anterior (caso “Guerrilha do Araguaia”) a Corte Interamericana, alguns meses após a decisão do STF que validara a Lei de Anistia brasileira, decidiu por invalidar essa mesma Lei. Nesse caso, parece evidente poder o STF rever o seu posicionamento, para o fim de adequá-lo ao que foi estabelecido por tribunal internacional a que o Brasil se vincula, uma vez que a Corte Interamericana invalidou (ou seja, tirou vida) de algo que estava validado (isto é, com vida) no plano do Direito interno. Decretar a morte de ser vivente é possível, tanto física (morte real) como juridicamente (morte presumida). Assim, feita a analogia, poderia (deveria) o STF rever sua decisão anterior e invalidar a Lei de Anistia que validara anteriormente à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tal é uma questão ainda em aberto na jurisprudência brasileira, para a qual, até o presente momento, os tribunais pátrios (em especial, o STF) não têm dado resposta satisfatória. Para além disso, há também o caso contrário (de difícil resolução) de um tribunal interno invalidar norma doméstica e, posteriormente, uma corte internacional validá-la. Como ressuscitar norma jurídica que já foi declarada sem quaisquer efeitos? Trata-se de assunto complexo, especialmente à luz dos efeitos da coisa julgada, que (doravante) o STF terá de enfrentar.

Para nós, toda e qualquer decisão de tribunal internacional de direitos humanos há de ser cumprida pelo Poder Judiciário do Estado, que é longa manus deste, independentemente de ser positiva ou negativa a decisão internacional relativamente à anterior decisão interna inconvencional. De fato, quando os Estados assumem compromissos internacionais em matéria de direitos humanos, empenhando a sua palavra na órbita internacional pela via da ratificação ou da adesão, eles definitivamente se engajam em todas as responsabilidades que decorrem do respectivo instrumento, dentre

elas a de respeitar (sem subterfúgios) as decisões dos seus órgãos de controle. Se, eventualmente, o Direito interno do Estado estiver em desconformidade com os mandamentos internacionais, será ele, e não o Direito Internacional, que deverá se adaptar aos padrões internacionais relativos ao tema, sem criar dificuldades ou embaraços à efetiva aplicação do Direito das Gentes na órbita interna.⁴⁴

No Brasil atual, contudo, a alegação de segurança jurídica sempre tem estado presente na jurisprudência brasileira quando o pretendido é reavivar discussão já atingida pelos efeitos da coisa julgada, pelo que se vê ser, no mínimo, difícil que nova solução seja no Brasil empregada, ainda que necessária em se tratando de decisões internacionais (v.g., da Corte Interamericana de Direitos Humanos) contrárias às decisões internas inconventionais.

3. Direito Internacional Público na órbita judicial brasileira

Transita-se, agora, ao estudo do comportamento da jurisprudência brasileira pós-1988 no que tange à aplicação do Direito Internacional Público no Brasil. Essa investigação é importante para o fim de conhecer a interpretação dada pelos tribunais pátrios (em especial, o STF) às regras constitucionais sobre incorporação de tratados no Brasil.

Adiante-se, desde já, que a evolução jurisprudencial brasileira atinente à aplicação do Direito Internacional Público não tem sido uniforme, e até os dias atuais vem sofrendo várias alterações, em especial a partir da compreensão dos tribunais pátrios da necessidade de exercício do controle de convencionalidade das leis.

Tout court, falta ainda uma posição definitiva (e coerente) do STF sobre o tema no Brasil, o que não está a impedir a investigação sobre a evolução da jurisprudência nestes trinta anos de vigência da Constituição Federal de 1988.

44 V. Mazzuoli, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público, cit., p. 833.

3.1 Estatuto do Direito Internacional Público na jurisprudência brasileira

O tema do estatuto atribuído ao Direito Internacional Público pela jurisprudência brasileira é, até os dias de hoje, bastante polêmico, sobretudo pela oscilação verificada nos últimos tempos. Sobre esse tema os internacionalistas discutem há mais de três décadas, desde 1977, quando foi julgado pelo STF o Recurso Extraordinário n.º 80.004/SE, em que ficou assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre o tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deveria ter sua prevalência garantida pela Justiça.⁴⁵

Esse posicionamento do STF, naquele ano de 1977, veio modificar o seu anterior ponto de vista que apregoava o primado do Direito Internacional frente ao ordenamento doméstico brasileiro. A “nova” posição da Excelsa Corte brasileira, entretanto, enraizou-se de tal maneira que o Min. Francisco Rezek, v.g., expressou, na ocasião, o entendimento de “prevalência à última palavra do Congresso Nacional, expressa no texto doméstico, não obstante isto importasse o reconhecimento da afronta, pelo país, de um compromisso internacional”. Tal, segundo ele, seria “um fato resultante da culpa dos poderes políticos, a que o Judiciário não teria como dar remédio”.⁴⁶ Em outras palavras, entendeu-se que o País deveria cumprir a lei interna contrária ao tratado, ainda que isso importasse em responsabilização do Estado no plano internacional, o que, sobretudo no momento atual, não é compreensível e, tampouco, jurídico.

Em suma, a conclusão que chegou o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 80.004/SE, foi a de que, dentro do sistema jurídico brasileiro, em que tratados e convenções guardam estrita relação de “paridade normativa” com as leis ordinárias editadas pelo Estado, a normatividade dos tratados internacionais permite, no que

45 V. Acórdão em Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 83, p. 809 e ss.

46 STF, Extradicação n.º 426, Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 115, p. 973 e ss.

concerne à hierarquia das fontes, situá-los em mesmo plano e em mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis domésticas.⁴⁷ Tal mereceu duras críticas da doutrina, em especial a de Celso de Albuquerque Mello, ao afirmar que “a tendência mais recente no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso nesta matéria”, complementando ser “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”.⁴⁸

Não obstante, porém, esse retrógrado posicionamento do STF, atualíssimas são as vozes a proclamar, no Brasil, a supremacia dos tratados internacionais (especialmente os de direitos humanos) frente às normas do Direito interno, inclusive (em se tratando de direitos humanos) frente à própria Constituição da República.⁴⁹

A par de todas as críticas existentes, entretanto, o certo é que com esse entendimento do STF a norma convencional passou a ser, no Brasil, considerada como tendo o mesmo status e valor jurídico que as demais disposições legislativas domésticas, pois a Constituição brasileira, ao tratar da competência da Suprema Corte, teria alocado (no art. 102, III, b) os tratados internacionais ratificados pelo Estado no mesmo plano hierárquico das normas infraconstitucionais, aplicando-se, em caso de conflito normativo, o princípio geral relativo às normas de idêntico valor, isto é, o critério cronológico de solução de antinomias normativas (*lex posterior derogat priori*). A interpretação que entende que o Brasil adota (ainda) a teoria da paridade normativa lê friamente o dispositivo citado, segundo o qual compete ao STF julgar, mediante recurso extraordinário, as causas

47 Cf. também o Acórdão n° 662-2, do processo de Extradicação julgado pelo Tribunal Pleno do STF, em decisão majoritária, aos 28.11.96, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30.05.97 (p. 23.176).

48 Mello, Celso D. de Albuquerque. Curso de direito internacional público, 1.º vol., 15. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 131.

49 Para detalhes, v. Mazzuoli, Valerio de Oliveira. Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Neste final estaria a igualação dos tratados às leis federais... Mas é evidente que essa é uma interpretação simplória do texto constitucional, que não se coaduna com as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil, tampouco com as regras da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

Para nós, a doutrina da Excelsa Corte tem pecado pela imprecisão.⁵⁰ De fato, admitir que um compromisso internacional perca vigência em virtude da edição de lei posterior que com ele conflite é permitir que um tratado possa, unilateralmente, ser revogado por um dos Estados-partes, o que não é permitido e tampouco compreensível à luz dos princípios mais basilares do Direito Internacional Público. Seria simples burlar todo o pactuado internacionalmente se, por disposições legislativas internas, fosse possível modificar essa normativa. Não raras vezes o objetivo de um tratado é o de justamente incidir sobre situações concretas que deverão ser observadas no plano interno dos Estados-partes, sobretudo em matéria de direitos humanos (aqui a finalidade do tratado é incidir diretamente no plano jurídico nacional para o fim de acrescentar ou ampliar a garantia de direitos).

Ao aprovar um tratado internacional o Poder Legislativo se compromete a não editar leis que a ele sejam contrárias. Pensar de outra forma seria admitir a burla ao compromisso internacional, o que é capaz de responsabilizar o Estado no plano internacional. Aprovado o tratado pelo Congresso, e sendo este ratificado pelo Presidente da República, suas disposições normativas, com a publicação do texto, passam a ter plena vigência e eficácia internamente. De tal fato decorre a vinculação do Estado no que atine à aplicação de suas normas, devendo cada um de seus Poderes cumprir

50 Para detalhes, v. Mazzuoli, Valerio de Oliveira. A opção do Judiciário brasileiro em face dos conflitos entre tratados internacionais e leis internas. Revista CEJ, nº 14, Brasília, mai.-ago. 2001, p. 112-120.

a parte que lhes cabe nesse processo: ao Legislativo cabe aprovar as leis necessárias, abstendo-se de votar as que lhes sejam contrárias; ao Executivo fica a tarefa de bem e fielmente regulamentá-las, fazendo todo o possível para o cumprimento de sua fiel execução; e ao Judiciário incumbe o papel preponderante de aplicar as normas internacionais, afastando – no exercício do controle de convencionalidade – a aplicação de leis nacionais que lhes sejam contrárias.

Há também outro ponto que merece ser lembrado, relativo à questão da especialidade das leis no sistema jurídico brasileiro, da qual já se valeu o STF para dar prevalência, v.g., a certas normas de Direito interno (v.g. o Decreto-lei n.º 911/69, que permite a prisão civil do devedor em contratos de alienação fiduciária em garantia) sobre outras normas de Direito Internacional Público (v.g. a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que não permite, por sua vez, a prisão civil por infidelidade depositária). Segundo a visão antiga da Suprema Corte brasileira – atualmente (após dezembro de 2004) já modificada – a Convenção Americana sobre Direitos Humanos seria norma geral que não poderia ser modificada pela norma especial a prever a prisão civil do devedor-fiduciante.⁵¹

Em suma, pode-se afirmar que, além do critério da *lex posterior derogat priori*, o STF tem também aplicado o da *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*, pelo qual algumas leis internas infraconstitucionais teriam prevalência sobre determinados tratados por serem especiais em relação a eles. Se, porém, possível a utilização desse argumento quando se trata de um tratado comum (que tem, segundo a Suprema Corte, nível de lei ordinária no Brasil), o mesmo não se pode dizer quando o conflito é entre tratado de direitos humanos e leis internas; os tratados de direitos

51 STF, Habeas Corpus n.º 72.131-RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 23.11.1995, DJ 04.12.1995. Sobre esse tema e para detalhes, v. Mazzuoli, Valerio de Oliveira. Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

humanos têm (desde dezembro de 2008) status supralegal no Brasil, segundo o novo posicionamento do STF.⁵²

3.2 Aplicação do Direito Internacional Público pelos tribunais brasileiros

Felizmente, tem sido cada vez mais constante o recurso ao Direito Internacional Público pelos tribunais brasileiros, especialmente em matéria de direitos humanos, para o fim de afastar a aplicação das normas internas contrárias ao Direito das Gentes. No momento atual, pode-se dizer que os juízes e tribunais brasileiros têm, cada vez mais, recorrido ao Direito Internacional Público para o fim de invalidar as normas internas inconventionais, apesar de não ser ainda ideal a frequência com que tal tem ocorrido no Brasil.

Observe-se, ademais, que muitos Tribunais de Justiça dos Estados têm editado recomendações e instruções de serviço encorajando os membros do Poder Judiciário a controlar a convencionalidade das leis conforme os tratados de direitos humanos em vigor no Brasil e a jurisprudência respectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Cite-se, a propósito, o exemplo pioneiro da Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Tocantins, que resolveu:

Art. 1º. Recomendar aos magistrados que observem os tratados de direitos humanos e utilizem a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) quando da prolação de despachos, decisões e sentenças.⁵³

52 STF, Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 03.12.2008, DJe 12.12.2008. Destaque-se, nesse julgamento, os votos dos Ministros Gilmar Mendes (pela supralegalidade dos tratados de direitos humanos) e Celso de Mello (pelo nível constitucional material desses mesmos instrumentos internacionais).

53 TJTO, Recomendação nº 01/2017/CGJUS/TO, Des. Eurípedes Lamounier, de 25.01.2017. Nesse exato sentido, v. também TJMS, Instrução de Serviço nº 01/2018/GAB, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, de 22.03.2018; e TJRR, Instrução de Serviço nº 01/2018/GAB, juiz convocado Luiz Fernando Castanheira Mallet, de 27.03.2018. Frise-se que todas essas normativas vieram à luz depois (e como decorrência) das visitas que este Autor fez a vários Tribunais de Justiça dos Estados, das palestras que proferiu para magistrados e dos cursos de capacitação que ministrou a convite desses órgãos do Poder Judiciário, em todo o país.

Tais iniciativas são alentadoras e demonstram que o Poder Judiciário brasileiro tem se preocupado (doravante) em bem aplicar as normas internacionais de proteção dos direitos humanos das quais o Brasil é parte, bem assim a jurisprudência das instâncias internacionais de proteção, em especial da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Um caso importante, julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho, bem ilustra o que se está a dizer, pois ali se aplicou corretamente o Direito Internacional Público para invalidar norma interna menos benéfica ao trabalhador. Tratou-se do julgamento de um Recurso de Revista em que a 7ª Turma do TST, no exercício do controle difuso de convencionalidade, invalidou norma da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (menos protetiva ao trabalhador) aplicando as Convenções n.º 148 e n.º 155 da Organização Internacional do Trabalho. O Ministro-Relator (Cláudio Brandão) explicou no Acórdão que a opção prevista na CLT seria inaplicável devido à introdução na ordem jurídica brasileira dessas convenções internacionais do trabalho, as quais “têm status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal” no Brasil, como assentado pela jurisprudência do STF. Segundo o Ministro-Relator, a Convenção n.º 148 da OIT “consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho”, e a Convenção n.º 155 determina que sejam levados em conta os “riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes”, razão pela qual a norma interna brasileira que impede a cumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade (CLT, art. 193, § 2.º) seria inconvenção e, portanto, inválida.⁵⁴

Esse caso foi paradigmático no Brasil por aplicar o controle de convencionalidade da exata maneira como propugnamos há vários anos,⁵⁵ invalidando as normas internas menos benéficas (princípio *pro homine/pro persona*) em

54 TST, Recurso de Revista n.º 0001072-72.2011.5.02.0384, Acórdão 1572/2014, 7ª Turma, Rel. Min. Cláudio Brandão, disponibilizado em 02.10.2014.

55 Referência ao nome deste Autor foi realizada quatro vezes no Acórdão do TST.

razão da aplicação de convenções internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte (e que, segundo a jurisprudência do STF valem, no mínimo, mais que as normas infraconstitucionais).⁵⁶

No Brasil, a competência para resolver os conflitos entre tratados internacionais e leis internas (tal não difere do controle difuso de constitucionalidade) cabe a qualquer juiz ou tribunal, não sendo atividade privativa dos tribunais superiores ou exclusiva da Suprema Corte. Quando, porém, a decisão final sobre a matéria couber ao STF, haverá efeito erga omnes e vinculante – relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal – se a medida for tomada em sede de controle abstrato de normas (controle de constitucionalidade/convencionalidade concentrado).⁵⁷

3.3 Afastamento da aplicação de normas internacionais fundado em inconstitucionalidade

A Constituição brasileira de 1988 contém dispositivo que diz competir ao STF “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida (...) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal” (art. 102, III, b).

Não obstante todas as críticas da doutrina a esse dispositivo, no sentido de ter a Constituição se equivocado no uso da expressão “inconstitucionalidade de tratado”, pois não é propriamente o tratado que é declarado inconstitucional, senão a espécie de Direito interno (no caso brasileiro, o De-

56 Para detalhes, v. Mazzuoli, Valerio de Oliveira & Franco Filho, Georgenor de Sousa. Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, ano 81, nº 4, Brasília, out.-dez. 2015, p. 214-225.

57 Constituição brasileira de 1988, art. 102, § 2.º, verbis: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

creto Legislativo) responsável pela sua aprovação,⁵⁸ o certo é que tal tem levado o Poder Judiciário no Brasil a admitir o afastamento da aplicação de normas internacionais com fundamento em sua inconstitucionalidade.

Admite-se, portanto, no Brasil, no seio do Poder Judiciário, não obstante as severas críticas doutrinárias a esse expediente, o afastamento de normas internacionais com fundamento em sua inconstitucionalidade; evidentemente que tal não é juridicamente correto, pois o tratado é fruto de um engajamento internacional entre Estados (ou entre estes e organizações internacionais ou, ainda, entre organizações internacionais) e não criação unilateral de qualquer Nação.

Apesar de se admitir no Brasil a declaração da inconstitucionalidade de tratados, quase não se tem notícia de que os tribunais declaram propriamente “inconstitucional” uma norma convencional na prática (especialmente o STF). De qualquer sorte, registre-se novamente a incorreção de se dizer ser inconstitucional determinado tratado; a inconstitucionalidade pode recair sobre o ato interno aprobatório do instrumento internacional, jamais sobre o tratado mesmo. Daí porque há países, como a Holanda, em que os juízes estão proibidos de controlar a constitucionalidade de um tratado em vigor (Constituição da Holanda, art. 120⁵⁹).

3.4 Princípio da interpretação conforme tendo como paradigma norma internacional

No Brasil, apenas teoricamente se defende (talvez o único autor a defender esse ponto de vista sejamos nós) a imperatividade de se interpretar as normas do Direito interno conforme o Direito Internacional Público (em especial, o Di-

58 Nesse sentido, v. Mazzuoli, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público, cit., p. 246; Clève, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 142; e Mendes, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 210-211.

59 Verbis: “The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts”.

reito Internacional dos Direitos Humanos).⁶⁰ No que tange ao plano do Direito Constitucional, nada há de se acrescentar; a interpretação conforme o texto constitucional é medida impositiva a todos os juízes e tribunais reconhecida pela jurisprudência do STF, pois no Brasil se admite o controle de constitucionalidade difuso a ser exercido por qualquer juiz ou tribunal nacional. O que se faz necessário é, nesse mesmo sentido, proceder à interpretação conforme tendo como paradigma o Direito Internacional Público (em especial o Direito Internacional dos Direitos Humanos). Dessa forma, haverá (esse é o plano ideal) duas interpretações-conforme no Brasil: a relativa à Constituição e a atinente ao Direito Internacional Público.

Não há dúvida de que os juízes e tribunais brasileiros se utilizam do método da interpretação conforme, não obstante tendo como paradigma apenas o direito nacional (constitucional); em especial, o STF tem se utilizado da técnica da interpretação conforme em inúmeros julgamentos, o fazendo, como se disse, relativamente apenas ao texto constitucional. Acredita-se, contudo, que não tardará compreenderem os juízes e tribunais brasileiros que – ao menos no que toca aos tratados internacionais de direitos humanos – as normas internas devam ser interpretadas de acordo com a Constituição e também com aqueles instrumentos (tratados) que o STF (cf. Recurso Extraordinário n.º 466.343/SP) alocou acima de toda a legalidade infraconstitucional.

Seja como for, certo é que até o presente momento (agosto de 2018) não se tem notícia de que juízes e tribunais nacionais tenham se utilizado de outro paradigma de interpretação conforme que não o texto constitucional. Há, contudo, manifestação doutrinária de nossa lavra a insistir na ideia da necessidade de que juízes e tribunais pratiquem a interpretação conforme os tratados (especialmente de direitos humanos) no Brasil.⁶¹

60 V. Mazzuoli, Valerio de Oliveira. Curso de direitos humanos. 5. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Método, 2018, p. 35-38.

61 Idem, Ibidem.

3.5 Força do Direito Internacional Público na interpretação do Direito nacional

Pela tradicional jurisprudência brasileira, datada do final da década de 1970 (cf. Recurso Extraordinário n.º 80.004/SE), quaisquer tratados internacionais que não sejam de direitos humanos, ou seja, quaisquer atos internacionais comuns ratificados e em vigor no País, guardam nível de lei ordinária no Brasil (são, portanto, equiparados às leis federais). A partir de então, firmou-se, no Brasil, aquilo que viria a ser conhecido como “critério paritário” ou da “paridade normativa”, que equipara os tratados internacionais em vigor (em princípio, quaisquer que sejam) às leis ordinárias editadas pelo Estado.

Porém, com a evolução da jurisprudência do STF, a partir do final de 2004 (cf. Recurso Extraordinário n.º 466.343/SP), os tratados de direitos humanos (e somente eles) foram alçados ao nível supralegal no Brasil, conforme o voto do Min. Gilmar Mendes, seguido pela maioria dos membros da Corte; os tratados internacionais comuns continuaram – tanto na jurisprudência antiga do STF, como em sua nova roupagem – alocados ao nível das leis ordinárias, sem embargo da insistência da doutrina especializada de que deveriam guardar, no mínimo, status supralegal no País (e, os tratados de direitos humanos, nível constitucional; um grau acima, portanto, do que alocou o STF).⁶²

A igualação dos tratados (comuns) às leis ordinárias federais fez com que, no Brasil, o Direito Internacional Público perdesse força expressiva na interpretação do Direito nacional. De fato, como os tratados têm – segundo a jurisprudência brasileira – a mesma hierarquia das leis, não haveria motivo de as normas internas serem interpretadas tendo como paradigma o Direito Internacional Público. Veja-se, portanto, o prejuízo para a aplicação do Direito das

62 Para um estudo detalhado do tema, v. Mazzuoli, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público, cit., p. 313-323 (em que são minuciosamente analisadas a teoria paridade normativa e as críticas a essa construção).

Gentes no Brasil decorrente dessa interpretação jurisprudencial, que faz tabula rasa do Direito Internacional Público geral. Exceção, repita-se, é feita apenas no que tange aos tratados de direitos humanos, que têm nível supralegal (via entendimento jurisprudencial) no Brasil.

Na prática judiciária brasileira atual, verdade seja dita, a força que tem o Direito Internacional Público (diga-se, o Direito Internacional comum, à exceção do Direito Internacional dos Direitos Humanos) na interpretação do Direito nacional é zero ou próxima a essa margem. O Poder Judiciário brasileiro interpreta o Direito interno sempre à luz da Constituição Federal, deixando de o fazer (até o momento) com base no Direito Internacional Público. Há, contudo, uma boa perspectiva para o futuro, notadamente a partir do desenvolvimento cada vez maior no Brasil da nossa tese sobre o controle jurisdicional da convencionalidade das leis.⁶³

3.6 Utilização do Direito Internacional dos Direitos Humanos por juízes e tribunais nacionais

Como já se falou, o Poder Judiciário brasileiro não tem se utilizado do Direito Internacional geral na interpretação do Direito interno, usando como paradigma de controle tão somente a Constituição Federal. Contudo, no que tange especificamente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, e pelo menos nesse âmbito, já se pode dizer que a situação é positiva; nesse âmbito a situação brasileira tem mudado, especialmente nos últimos tempos e dada a nova composição dos Ministros do STF nos últimos quinze anos. De fato, a partir da abertura do texto constitucional brasileiro ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, em especial com a entrada em vigor da Emenda Constitucional n.º 45/2004, o controle de convencionalidade – tendo como paradigma especialmente (mas não só) a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – passou a ser cada vez mais utilizado pelo Poder Judiciário brasileiro.

63 Cf. Mazzuoli, Valerio de Oliveira. Controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Não é correto, contudo, dizer que os juízes e tribunais nacionais, no exercício do controle de convencionalidade, declaram a “inconstitucionalidade” de normas legislativas, como faz crer a indagação. O que se declara (doravante) é a “inconvencionalidade” dessas normas, que podem, até mesmo, continuar sendo “constitucionais” (e muitas vezes são); declara-se a sua incompatibilidade com os direitos (mais benéficos) previstos nos tratados de direitos humanos, ainda que a sua constitucionalidade (menos benéfica) seja integralmente mantida. Tal significa que as leis vigentes – que passaram pelo processo constitucional de elaboração – podem ser declaradas inválidas no Brasil pelo exercício do controle de convencionalidade, quando então é possível declarar inconvencional uma norma sobrevivente ao controle de constitucionalidade (portanto, constitucional). Assim, tem-se uma norma vigente, porém inválida.⁶⁴

Os juízes e tribunais nacionais já começam a entender essa nova lógica, que têm nos tratados de direitos humanos o seu referencial ético primeiro; já se começa a entender que as normas mais benéficas dos tratados de direitos humanos prevalecem sobre as menos benéficas do ordenamento interno, ainda que se trate de normas constitucionais. O que se deve visar é o “diálogo das fontes” (para falar como Erik Jayme) e não a prevalência de uma sobre a outra quando se trata de direitos humanos; daí porque sempre a mais benéfica norma há de prevalecer no exercício do controle de convencionalidade. Tanto o STF quanto outros tribunais superiores (como, v.g., o TST) já têm declarado inválidas normas internas consideradas “constitucionais”, realizando (corretamente) o controle de convencionalidade das leis. A tendência, portanto, no Brasil de hoje, é que a jurisprudência avance cada vez mais nesse caminho.

64 Sobre a diferença ente vigência e validade das leis, v. Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999, p. 15 e ss.; e Gomes, Luiz Flávio & Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 122 e ss.

3.7 Derrogação do mandato constitucional atribuído aos juízes nacionais decorrente da necessidade de respeitar o Direito Internacional Público

Não é da tradição brasileira limitar os juízes nacionais em sua competência decisória em razão da necessidade de se aplicar qualquer normativa internacional em vigor no Estado, mesmo em se tratando de normas de direitos humanos ou normas imperativas de Direito Internacional Público. Quanto a este ponto não há qualquer discussão judiciária no País. Os esforços para que o Direito Internacional Público seja diretamente aplicado no Brasil, e respeitado como tal, com potencialidade para derrogar, inclusive, o mandato constitucional atribuído aos juízes, ainda não suplantaram as necessárias fronteiras, não obstante a insistência da doutrina a respeito.

Na prática, portanto, nenhuma derrogação do mandato constitucional atribuído aos juízes se operou no Brasil (até o presente momento) como consequência de se respeitar o Direito Internacional Público e, tampouco, está à vista uma tal derrogação, especialmente à luz da estrutura (hermética) do sistema constitucional brasileiro, que não abre mão das atribuições dos juízes previstas na Constituição.

3.8 Prática (*law in action*) e teoria (*law in the books*) do tratamento judicial atribuído ao Direito Internacional Público

Há uma crise histórica, no Brasil, relativa à aplicação do Direito Internacional Público pelo Poder Judiciário, aplicação essa que não reflete a posição que as normas internas (especialmente a Constituição) atribui ao Direito das Gentes na hierarquia das fontes. Em um caso específico (o da prisão civil por dívida do depositário infiel, decidido no Recurso Extraordinário n.º 466.343-SP, já citado) o STF alocou o Direito Internacional relativo a direitos humanos no nível supralegal, enquanto que em outro (o da Ação Penal n.º 470 ou caso “Mensalão”) a mesma Suprema Corte fez so-

brepor o Código de Processo Penal à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (o mesmo tratado que, anos antes, alocou no nível supralegal) para exigir que réus que não detinham foro por prerrogativa de função fossem julgados conjuntamente pelo tribunal (violando a regra do “duplo grau de jurisdição” prevista na Convenção Americana).⁶⁵ Esse é apenas um exemplo para demonstrar que não há uniformidade na aplicação do Direito Internacional Público pela Suprema Corte brasileira. Daí a crítica (antiga) da doutrina de que compreender a verdadeira posição do STF relativa às relações entre o Direito Internacional e o Direito interno é um “exercício de ecletismo”.⁶⁶

Portanto, a *law in action* é, no Brasil, muito distinta da *law in the books*, não estando à vista qualquer uniformização jurisprudencial, em especial no âmbito do STF, que age nas ações do controle abstrato de constitucionalidade provocado por legitimados específicos previstos na Constituição (rol constante do art. 103 da Constituição de 1988, como o Presidente da República, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Partido Político com representação no Congresso Nacional etc.); não é demais destacar que essa provocação em sede abstrata tem sido rara (entenda-se: para rogar à Corte a aplicação do Direito Internacional Público em detrimento da legislação interna). Sobraria a apreciação difusa da constitucionalidade, em que a Suprema Corte serve, no mais das vezes, de instância recursal das decisões tomadas por tribunais inferiores (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunais Regionais Federais, juízes federais e estaduais singulares etc.); ao menos nesta seara a fiscalização da aplicação do Direito Internacional tem sido mais constantemente requerida (ainda assim, abaixo do desejável). Porém, tanto nesses casos

65 STF, Ação Penal nº 470, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julg. 17.12.2012, DJe 22.04.2013.

66 Dolinger, Jacob. As soluções da Suprema Corte brasileira para os conflitos entre o direito interno e o direito internacional: um exercício de ecletismo. *Revista Forense*, vol. 334, Rio de Janeiro, abr.-jun. 1996, p. 71-107.

quanto naqueles em que o STF é instância única (v.g., nas ações penais originárias para réus com foro por prerrogativa de função ou réus atingidos pela conexão processual penal) não tem havido qualquer uniformidade na aplicação do Direito Internacional Público perante a Corte Suprema; e não há precedentes que se possam dizer seguidos pela Corte em matéria de aplicação do Direito Internacional Público. Daí o esforço da doutrina em balizar a aplicação do Direito das Gentes no âmbito da Suprema Corte brasileira.

3.9 Frequência das referências judiciais ao Direito Internacional Público no Brasil

Se se tomar como base as decisões dos juízes singulares (estaduais e federais) é possível perceber a baixa (baixíssima) incidência das referências ao Direito Internacional Público nos diversos julgamentos; a situação não é diferente no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados, bem assim no dos cinco Tribunais Regionais Federais existentes no País. Tanto nos julgamentos singulares quanto no dos tribunais de segunda instância não se veem com frequência referências ao Direito Internacional Público. Quando as referências existem, não se faz, como deveria ser, uma análise exaustiva da norma referida, senão apenas sua citação seca, como mero meio de afirmação da norma interna referenciada.

As referências ao Direito Internacional Público são mais constantes nos tribunais superiores brasileiros, em especial no STF, no STJ e no TST. O STF tem se valido do Direito Internacional especialmente em matéria de direitos humanos, realizando citações constantes (especialmente a partir de 2008) à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Como já se falou, o STF, em dezembro de 2008, alocou a Convenção Americana no nível supralegal no Brasil,⁶⁷ tendo, porém, depois, como também já se disse, titubeado, fazendo prevalecer o Código de Processo Penal à Convenção, no julgamento do

67 STF, Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 03.12.2008, DJe 12.12.2008.

caso conhecido como “Mensalão”.⁶⁸ Seja como for, porém, o certo é que o STF tem aplicado o Direito Internacional Público, em especial o relativo a direitos humanos, ainda que aquém do desejável; também outros tratados (que versam temas não afetos a direitos humanos) têm sido utilizados pelo STF nos julgamentos, como, v.g., os relativos a extradição, transporte aéreo, matéria tributária, dentre outros. Da mesma forma, o TST, já se viu, vem aplicando com maior frequência o controle de convencionalidade, especialmente para fim de atualizar a legislação sobre as condições nocivas de trabalho e prevenir os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea do trabalhador a diversas substâncias ou agentes.⁶⁹

Não se pode dizer haver referências substantivas ao Direito Internacional Público no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, senão apenas citações textuais de normas internacionais esparsas como reforço ao fundamento exarado nas sentenças (dos juízes) ou acórdãos (dos tribunais). Exceção deve ser feita principalmente ao STF e ao TST, como se disse. O STJ, apesar de também, e cada vez mais, referir a normas internacionais em seus julgamentos, o faz ainda muito aquém do necessário. Basta uma rápida mirada na sua página web para perceber que são poucas as citações de normas internacionais nos respectivos acórdãos. Seja como for, repita-se mais uma vez, o Poder Judiciário brasileiro vem experimentando um crescente de aplicação efetiva de normas internacionais e do controle de convencionalidade, especialmente após a reforma constitucional de 2004, que acrescentou o § 3.º ao art. 5.º da Constituição Federal, exaltando os tratados internacionais de direitos humanos com possibilidade de equivalerem às emendas constitucionais.⁷⁰

68 STF, Ação Penal nº 470, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julg. 17.12.2012, DJe 22.04.2013.

69 TST, Recurso de Revista nº 0001072-72.2011.5.02.0384, Acórdão 1572/2014, 7ª Turma, Rel. Min. Cláudio Brandão, disponibilizado em 02.10.2014.

70 Verbis: “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”.

3.10 Recepção da jurisprudência de tribunais internacionais na jurisprudência brasileira

O tema da recepção da jurisprudência de tribunais internacionais pela jurisprudência brasileira é significativo, não obstante sofrer (ainda) resistência no Direito pátrio. Curiosamente, muitas vezes ocorre no Brasil exatamente o contrário do esperado no tocante à incorporação (e efetivação) da jurisprudência de tribunais internacionais no País.

Por exemplo, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é firme em considerar inconvenientes (e, portanto, inválidas) as leis de anistia editadas pelos Estados que garantem impunidade àqueles que cometeram crimes em nome da ditadura no contexto latino-americano.⁷¹ Como já se falou, essa decisão internacional provocou alteração legislativa relevante no Brasil a partir da sua prolação, tendo sido editada a Lei n.º 12.528/2011 que criou a “Comissão da Verdade”, a qual, como também já referido, tem por objetivo “examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional” (art. 1.º). No que tange, porém, à jurisprudência nacional, a situação é exatamente inversa, uma vez que o STF (até o presente momento) tem relutado em respeitar a decisão da Corte Interamericana e rever a sua jurisprudência em favor da decisão internacional. Isso tem feito com que o Ministério Público Federal provoque o Poder Judiciário (instância de primeiro grau) para, em sede recursal, atingir o STF (pela via do Recurso Extraordinário, passando, antes, pelo Tribunal Regional Federal respectivo, em nível de apelação, e, eventualmente, pelo STJ, em sede de Recurso Especial, segundo a mecânica constitucional vigente) com vistas à futura alteração

71 Corte IDH, Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24.11.2010, Série C, n.º 219.

de sua jurisprudência. Trata-se de um caminho tortuoso que poderia ser abreviado se o próprio STF reconhecesse o seu dever de adequar a decisão anterior à jurisprudência pacificada da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Fora esse caso de efeito contrário, desconhece-se, no Brasil, inversão jurisprudencial de relevo decorrente do impacto interno da jurisprudência de tribunais internacionais.

3.11 Efeitos internos das decisões dos tribunais internacionais de que o Brasil é parte

Em nosso País, a investigação dos efeitos internos das decisões de tribunais internacionais de que o Brasil é somente passível de análise em sede doutrinária. Não há, de fato, no plano jurisprudencial brasileiro, resposta ao questionamento, senão apenas em nível estritamente teórico.

No plano doutrinário, não há dúvidas deverem os tribunais pátrios seguir a jurisprudência internacional mesmo quando essa diga respeito a Estados terceiros. Nesse caso, a decisão internacional não valeria como *res judicata*, senão como *res interpretata*, também com valor jurídico no plano interno. Respeitar-se-iam, assim, os precedentes dos órgãos internacionais dos quais o País é parte. Se, porém, se analisa a questão à luz estrita da jurisprudência, como requer o tópico em exame, não há resposta à questão que não seja negativa, uma vez que no Brasil as decisões dos tribunais internacionais não têm merecido o devido respeito por parte dos juízes e tribunais internos. Há enorme dificuldade, no País, em seguir o que estabelece a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em especial quando a decisão dessa última é contrária às decisões da Suprema Corte. Muitos juízes, por sua vez, preferem seguir a jurisprudência interna (do STF) em vez de fazerem valer as decisões da Corte Interamericana, mesmo quando a sentença internacional diz respeito diretamente ao Brasil. Há, como se vê, um apego às normas internas (ou, para ser brando, uma dificuldade de aplicação do Direito Internacional) que dificulta a aceitação da jurisprudência internacional.

No plano da jurisprudência internacional, é firme o entendimento de que não de valer para terceiros Estados (como *res interpretata*) as decisões emanadas dos tribunais internacionais de direitos humanos, como vem afirmando a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁷²

4. Estatura do Direito Internacional Público na doutrina

Nos tópicos anteriores (itens 2 e 3, *supra*) estudou-se os planos constitucional e judicial relativos à aplicação do Direito Internacional Público no Brasil. Percebeu-se haver divergência entre o que entende a Constituição e o que decidem os tribunais nacionais. Já no plano doutrinário a questão é mais assente, espelho da vontade crescente de uniformizar o tema no Brasil.

É evidente, contudo, que quando se está a falar em “doutrina” se quer referir àquela verdadeiramente internacionalista, àquela completa, não a parcial, que só se dedica a temas parcos (quando não repetitivos) dessa disciplina. Doutrina completa é a que versa com profundidade todos os temas do programa da matéria, desde os fundamentos, fontes, sujeitos, além dos temas especiais, como, *v.g.*, a proteção internacional dos direitos humanos, o direito internacional do meio ambiente, o direito internacional penal, o direito internacional do trabalho, findando com o estudo da guerra e da neutralidade (passando, inclusive, pelo tema atualíssimo do terrorismo); é a doutrina que, ao estudar os sujeitos do Direito Internacional Público, *v.g.*, se dedica em profundidade à compreensão da inserção internacional do Estado, seus órgãos nas relações exteriores e suas responsabilidades; é a que, ao versar as organizações internacionais,

72 Sobre o tema, *v. Mac-Gregor, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (res interpretata) – Sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 19º año, Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2013, p. 607-638.*

compreende o seu funcionamento e suas especificidades, detalhando uma a uma das principais existentes; e que ao estudar os indivíduos analisa à exaustão a nacionalidade e a condição jurídica do estrangeiro, com todas as suas nuances e particularidades. Doutrina completa é, enfim, a que vence com êxito todo o programa da matéria sem deixar margem a dúvidas, não a que se mantém ao entorno de temas específicos, como, v.g., o relativo aos direitos humanos.

O que se acabou de dizer justifica que apenas a doutrina integral (completa) é capaz de fornecer respostas às questões elencadas neste inventário de indagações; apenas ela pode responder a contento o estado da arte da aplicação do Direito Internacional Público em cada País. Esperamos ter realizado o estudo integral de que se fala,⁷³ motivo pelo qual, guardadas a brevidade e as limitações impostas neste espaço, ali também se vai fundamentar as respostas às dúvidas deste questionário.

4.1 Posição da doutrina sobre a inserção do Direito Internacional Público na hierarquia de fontes de Direito interno

Na doutrina internacionalista brasileira entende-se, em geral, guardar o Direito Internacional Público nível (no mínimo) supralegal no País; todo o Direito das Gentes guardaria nível supralegal no Brasil, diferentemente do que entende do STF, para o qual apenas o Direito Internacional dos Direitos Humanos teria essa hierarquia normativa no plano do Direito interno.⁷⁴

Na visão da doutrina, com a qual concordamos, o Direito Internacional Público teria, no mínimo, nível supralegal no País, e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, nível constitucional. Esse nível constitucional (para os tratados de direitos humanos) é abstraído da interpretação do art. 5.º,

73 Mazzuoli, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público. 11. ed.. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

74 STF, Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 03.12.2008, DJe 12.12.2008.

§ 2.º, da Constituição de 1988, segundo o qual os direitos e garantias previstos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais [entenda-se, de direitos humanos] em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Segundo interpretação doutrinária do art. 5.º, § 2.º, da Constituição, houve no texto constitucional nítida abertura para o ingresso válido (e imediato) no Direito interno do Direito Internacional dos Direitos Humanos, alçando os tratados internacionais respectivos ao status de normas constitucionais. Assim é a lição de Flávia Piovesan, para quem “ao prescrever que ‘os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais’, a contrario sensu, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos. (...) Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados”.⁷⁵

Assim, muito claramente, a doutrina brasileira entende ter o Direito Internacional Público geral estatura supralegal, e o Direito Internacional dos Direitos Humanos estatura constitucional no Brasil. Essa doutrina a que se refere é a internacionalista, evidentemente (tais os autores citados neste estudo); aquela comprometida, engajada e não preocupada em apenas repetir a posição (sempre cambiante) da jurisprudência.

Destaque-se, ainda, haver internacionalistas do porte de Celso D. de Albuquerque Mello que se dizem ainda mais radicais “no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso

75 Piovesan, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 104. Nesse exato sentido, v. Lafer, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005, p. 17-18.

em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada”, por ser tal posição “a que está consagrada na jurisprudência e tratado internacional europeu de que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional”.⁷⁶

O posicionamento acima guarda lógica, uma vez que, à luz estrita do art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, nada em vigor no Direito interno (nenhuma de suas disposições) pode justificar o inadimplemento de um tratado, sobretudo se se tratar de instrumento internacional de proteção dos direitos humanos.

Não está à vista, contudo, alteração jurisprudencial no seio do STF para chegar tão longe, pois a nossa Suprema Corte apenas reconhece (no máximo) status constitucional aos tratados de direitos humanos que forem aprovados por três quintos dos votos de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos (nos termos do art. 5.º, § 3.º, da Constituição) e depois ratificados com publicação no Diário Oficial da União.⁷⁷

4.2 Observância do direito das organizações internacionais pelo Direito interno

As organizações internacionais caracterizam-se, de modo geral, por terem sua competência e escopo de ação limitados, não raramente restringidos a temas técnicos, com a finalidade de criar condições favoráveis para a cooperação na solução padronizada de desafios comuns, não equacionados por meio de negociações bilaterais entre Estados.

Por outro lado, organizações regionais, a exemplo do Mercosul ou da Unasul, possuem escopo abrangente, denotando a vontade dos Estados-membros de buscar maior integração e atuação concertada. No entanto, diferentemente da União Europeia, cuja estrutura se assemelha a uma

⁷⁶ Mello, Celso D. de Albuquerque. O § 2.º do art. 5.º da Constituição Federal. In: Torres, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25.

⁷⁷ STF, Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 03.12.2008, DJe 12.12.2008.

federação *sui generis* de Estados independentes, os demais blocos regionais atuam, “grosso modo”, como órgãos coletivos, subordinados à vontade de seus partícipes.

Tendo em conta o seu escopo mais abrangente de atuação, parece natural haver maior resistência dos Estados-membros em delegar competências e prerrogativas, sujeitando parte de sua soberania à eventual discricionariedade de decisões não consensuais de um organismo regional.

Em uma perspectiva realista, as assimetrias de poder costumam tornar-se mais evidentes na atuação de organizações internacionais de caráter universal. Nesse sentido, países periféricos possuem menor espaço para contestação. Com base nesse entendimento, pode-se inferir que em organizações regionais haveria uma maior igualdade qualitativa entre os membros, enquanto que as de caráter universal estariam mais sujeitas às desigualdades quantitativas reinantes entre os Estados.

4.3 Atos das organizações internacionais na ordem jurídica brasileira

É pacífico na doutrina brasileira serem os atos unilaterais de organizações internacionais fontes formais do Direito Internacional Público.⁷⁸ Assim, ao ter competência expressa de produzir normas jurídicas no plano internacional, capazes de estabelecer direitos e obrigações aos Estados nacionais, é razoável supor que, a depender do seu alcance jurídico, o direito das organizações regionais esteja plenamente inserido no plano do Direito Internacional Público. Contudo, não entende a doutrina nacional serem as organizações regionais (v.g., Mercosul e Unasul) do Continente Americano – diferentemente do que se dá no âmbito da União Europeia – direito de cariz supranacional,

78 V. Mazzuoli, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público, cit., p. 99-105; Mello, Celso D. de Albuquerque. Curso de direito internacional público, cit., p. 313-316; e Caçado Trindade, Antônio Augusto. Princípios do direito internacional contemporâneo. 2. ed. rev. e atual. Brasília: Funag, 2017, p. 105-118. Na doutrina portuguesa, com certa variação, cf. Gouveia, Jorge Bacelar. Manual de direito internacional público..., cit., p. 157-158.

uma vez que não há cessão de competências legislativas dos Estados-membros para um órgão supranacional regional capaz de aprovar regulamentos e diretivas a serem aplicados uniformemente (e com primazia) em todo o respectivo espaço geográfico.

O entendimento doutrinário, em suma, relativo, v.g., ao Mercosul, é no sentido de se tratar de instituição intergovernamental, não supranacional como é (unicamente, até o momento) a União Europeia, em que, como se disse, há cessão de competências internas para o órgão supranacional.⁷⁹

5. Conclusão

Ao cabo desta exposição teórica é possível concluir que os dois primeiros níveis de indagação colocados (constitucional e judicial) têm em comum a ausência de um critério ou fio condutor uniformes no trato da aplicação do Direito Internacional Público no Brasil. Tanto as previsões constitucionais não são uniformemente aplicadas pela jurisprudência brasileira, quanto esta última não soluciona solidamente os problemas que a Constituição deixou de expressamente consagrar (exemplo disso é a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, não expressamente prevista no universo jurídico brasileiro). Exceção relativa à uniformidade cabe tão somente, e, mesmo assim, com limites, à doutrina; esta tem pretendido uniformizar o entendimento de como se deve aplicar o Direito Internacional Público no Brasil, em especial o Direito Internacional convencional (e, mais especificamente ainda, o Direito Internacional relativo a direitos humanos).

Certo é que para a doutrina internacionalista – aquela completa de que se falou – quaisquer tratados internacionais detêm nível supralegal no País, não somente os de direitos humanos; estes últimos estariam num nível ainda acima, o das normas constitucionais. Porém, a jurisprudência do STF

79 Cf. Lambert, Jean-Marie. Curso de direito internacional público, vol. IV (O Mercosul em questão). Goiânia: Kelps, 2002, p. 351-352.

tem alocado os tratados comuns no plano da legislação ordinária e os de direitos humanos (não internalizados por maioria qualificada, segundo a regra do art. 5.º, § 3.º, da Constituição) no plano supralegal; somente os instrumentos de direitos humanos aprovados por três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, serão “equivalentes” às emendas constitucionais (a partir de sua ratificação e entrada em vigor no País). Tal demonstra que a jurisprudência brasileira está a passos atrás da doutrina, o que não significa que os avanços jurisprudenciais dos últimos tempos (em especial em matéria de aplicação dos tratados de direitos humanos e de controle de convencionalidade) não mereçam elogios, notadamente se se leva em conta que o Brasil, até bem pouco tempo, ainda adotava o critério “paritário” para os conflitos entre leis internas e todo e qualquer tratado internacional, fosse ou não de direitos humanos.

O que ainda falta no Brasil (infelizmente) é a devida compreensão da importância que tem a boa aplicação do Direito Internacional Público no plano do Direito interno. Num país em que a Constituição consagra uma gama enorme de direitos e garantias, em especial no grande rol do conhecido art. 5.º, parece, a priori, não se justificar aplicar uma norma “estranha” (nada de estranho, porém, há em uma norma internacional publicada no Diário Oficial da União, e, anteriormente, aprovada pelo Parlamento e ratificada pelo Presidente da República) que aparentemente não garante mais que o estabelecido pelo próprio texto constitucional, este, por sua vez, mais conhecido (e, portanto, mais aplicado) pelos juízes e tribunais internos. Nada mais equivocado do que pensar assim. Não só os tratados internacionais hão de ser internamente (e diretamente) aplicados, senão também os costumes internacionais (e os exemplos práticos já começam a aparecer, como, v.g., os relativos aos casos de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e os cometidos durante o regime militar no Brasil) e os princípios gerais de direito reconhecidos pelos Estados. Além disso, a jurisprudência internacional tem, cada vez mais, estabe-

lecido parâmetros de aplicação das normas internacionais e internas especialmente em matéria de direitos humanos, seja para o Estado em causa, seja para Estados terceiros, quando então valerá como res interpretata.

É, em suma, premente que se compreenda, no Brasil, a importância que tem o Direito Internacional Público geral no plano do Direito interno, não somente os tratados internacionais em vigor, senão toda a generalidade do Direito das Gentes (que abrange os costumes e os princípios gerais de direito). Todo o conjunto do Direito Internacional Público tem de ser aplicado uniformemente pelo Poder Judiciário, que necessita, entretanto, conhecer suas normas e jurisprudência e estar preparado (juridicamente) para aplicá-las. É isso o que se espera e deseja para o futuro.

Referências

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. 2. ed. rev. e atual. Brasília: Funag, 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DOLINGER, Jacob. *As soluções da Suprema Corte brasileira para os conflitos entre o direito interno e o direito internacional: um exercício de ecletismo*. Revista Forense, vol. 334, Rio de Janeiro, abr.-jun. 1996, p. 71-107.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

GOMES, Luiz Flávio; Mazzuoli, Valerio de Oliveira (Org.). *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____; _____. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____; _____. *Comentários à Convenção Americana*

sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito internacional público: uma perspectiva de língua portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2017.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.

LAMBERT, Jean-Marie. *Curso de direito internacional público*, vol. IV (O Mercosul em questão). Goiânia: Kelps, 2002.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (res interpretata) – Sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 19.º año, Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2013, p. 607-638.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A opção do Judiciário brasileiro em face dos conflitos entre tratados internacionais e leis internas. *Revista CEJ*, n.º 14, Brasília, mai.-ago. 2001, p. 112-120.

_____. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Direito dos tratados*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Curso de direitos humanos*. 5. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Método, 2018.

_____. *Estudos avançados de direito internacional*. Belo Horizonte: Arrais, 2017.

_____. O Brasil e o direito internacional público. In: Gouveia, Jorge Bacelar & Coutinho, Francisco Pereira (Coord). *O direito internacional público nos direitos de língua portu-
gue-*

- sa. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2018, p. 47-80.
- _____. *Curso de direito internacional público*. 11. ed.. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- _____. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- _____; FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, ano 81, n.º 4, Brasília, out.-dez. 2015, p. 214-225.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2.º do art. 5.º da Constituição Federal. In: Torres, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-33.
- _____. *Curso de direito internacional público*, 1.º vol., 15. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.