GISELA FERREIRA MATION

DIREITO INTERNACIONAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR MARCOS PAULO VERISSIMO

Dissertação de Mestrado

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo - 2013

GISELA FERREIRA MATION

DIREITO INTERNACIONAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Marcos Paulo Verissimo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, na área de concentração de Direito do Estado.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo - 2013

BANCA EXAMINADORA

_____

_____

_____

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a evolução da discussão dogmática sobre a relação entre direito interno e direito internacional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A pesquisa dedica especial atenção a três casos específicos, julgados entre 2008 e 2010, que são representativos de uma nova fase no entendimento corte, em que o Supremo Tribunal Federal tratou de uma série de questões inéditas na sua jurisprudência. São eles a decisão, em 2008, sobre a prisão civil do depositário infiel, proibida pela Convenção Americana de Direitos Humanos; a ADPF nº 101, de 2009, sobre a importação de pneus usados e remoldados, cuja regulamentação também foi objeto de decisões no âmbito do Mercosul e da OMC; e a ADPF nº 153, de 2010, que discutiu a Lei da Anistia, também tratada na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Mapeando as discussões dogmáticas nesses casos, busca-se identificar as implicações dos tratados internacionais e das decisões de tribunais internacionais para o ordenamento jurídico brasileiro, bem como as contradições e omissões de tais decisões. A análise do desenvolvimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera as transformações ocorridas no direito internacional a partir do final da Segunda Guerra Mundial e as mudanças incorporadas às constituições brasileiras, e em especial a Constituição de 1988 e a sua Emenda nº 45, de 2004.

ABSTRACT

This study seeks to analyze the evolution of the dogmatic debate on the relationship between domestic and international law in the Brazilian Supreme Court's case law. The research devotes special attention to three specific cases, decided between 2008 and 2010, which are representative of a new phase in the court's understanding, in which the Supreme Court has dealt with completely new issues. These cases are the following: the decision in 2008 on the civil imprisonment of an unfaithful trustee, prohibited by the American Convention on Human Rights; ADPF No. 101, from of 2009, on the import of used tires, which had also been the subject of decisions within Mercosur and WTO; and ADPF No 153, from 2010, which discussed the Brazilian Amnesty Act, also addressed by the Interamerican

Court of Human Rights. By mapping dogmatic discussions of these cases, I seek to identify the implications of international treaties and decisions of international tribunals for the Brazilian legal system, as well as the contradictions and omissions of such decisions. The analysis of the development of the Supreme Court's case law considers the transformation occurring in international law since the end of World War II and the changes incorporated into the Brazilian constitutions, and in particular the Constitution of 1988 and its Amendment No 45 of 2004.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 8

2. INTERNACIONALIZAÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS 15

2.1. EXPANSÃO DO DIREITO INTERNACIONAL NA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XX 15

2.2. TEORIAS SOBRE DIREITO INTERNACIONAL NAS CORTES DOMÉSTICAS 21

3. O CASO BRASILEIRO: DE ONDE VIEMOS 33

3.1. DIREITO INTERNACIONAL NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: 1824 A 1967 35

3.2. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ATÉ 1988 44

3.3. CONSTITUIÇÃO DE 1988 62

3.4. EXPANSÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS RATIFICADAS PELO BRASIL 70

3.5. JURISPRUDÊNCIA DO STF NA VIGÊNCIA DA CF 1988 72

3.6. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004 76

4. ESTUDO DE CASOS NA JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO STF: PARA ONDE VAMOS? 83

4.1. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS 84

4.1.1. O ENTENDIMENTO ANTERIOR (HC 72.131) 87

4.1.2. A MUDANÇA JURISPRUDENCIAL EM 2008 91

4.2. ADPF Nº 101: PNEUS REMOLDADOS, MERCOSUL E OMC 98

4.3. ADPF Nº 153: LEI DE ANISTIA E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS . 103

4.3.1 PROPOSITURA DA ADPF Nº 153 104

4.3.2. DIREITO INTERNACIONAL NA ADPF NO 153 106

4.3.3. JULGAMENTO DA ADPF Nº 153 111

4.3.4. DIREITO INTERNACIONAL NA ADPF Nº 153 122

4.3.5. DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA 132

5. CONCLUSÃO 136

6. BIBLIOGRAFIA 141

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a relevância do direito internacional para a ordem jurídica nacional alterou-se drasticamente. As transformações na relação entre direito internacional e direito interno, e especialmente o direito constitucional, são um fenômeno mundial, relacionado à proliferação de normas e tribunais internacionais durante a segunda metade do século XX. O número de tratados e organizações internacionais multiplicou-se de maneira exponencial. O campo normativo internacional expandiu-se também de forma qualitativa: as regras internacionais passaram a tratar de temas antes considerados de responsabilidade exclusiva dos Estados, como direitos humanos e meio ambiente. Os acordos internacionais também foram utilizados para criar uma série de mecanismos de integração regionais, inicialmente com tratados de comércio e posteriormente para fins diversos. Ao mesmo tempo, expandiram-se os órgãos adjudicatórios de solução de controvérsias internacionais, que passaram a resolver disputas não só entre Estados, mas também entre Estados, de um lado, e indivíduos ou até empresas, de outro.

As implicações dessa transformação para as ordens jurídicas internas tomaram formas diversas. O objeto deste trabalho insere-se na discussão a respeito da relação entre direito interno e direito internacional, da perspectiva das cortes domésticas. O tema não é novo e vem sendo discutido principalmente desde o início do século XX a partir de diversos pontos de vista. No entanto, no Brasil, ganhou novos contornos nos últimos anos com uma série de decisões do Supremo Tribunal Federal que discutem questões dogmáticas inéditas, na sua própria jurisprudência, a respeito da relação entre direito internacional e a ordem jurídica brasileira.

Grande parte da literatura ocupa-se da questão sob o prisma da hierarquia das normas internacionais no plano doméstico – antagonizando o direito interno e o direito internacional, a pergunta que se coloca ao juiz é saber qual deles deve prevalecer. Algumas das teorias mais recentes abandonaram esta perspectiva e consideram modelos de integração entre o plano doméstico e o internacional mais fluídos, baseados em ideias de permeabilidade e influência mútua entre as cortes domésticas e os tribunais internacionais.

O fenômeno é especialmente discutido no âmbito do regime internacional de direitos humanos, cuja relação com direitos fundamentais expressos na constituição é ainda mais evidente. Na América Latina, esse movimento de internacionalização foi acompanhado pelo crescimento dos movimentos de direitos humanos durante os regimes militares que dominaram a região até as décadas de 1980 e 1990, a depender do país, e principalmente durante os processos de democratização que os seguiram. As cortes constitucionais da América Latina têm lidado com a questão da relação entre direito internacional e direito interno com frequência cada vez maior, e em alguns casos se influenciando mutuamente e julgando questões similares. Além disso, assim como o que ocorreu em outros países da América Latina, a relação entre direito internacional e ordem constitucional brasileira esteve na pauta do Poder Constituinte originário e derivado, tanto na elaboração da Constituição de 1988, quanto nas propostas de emenda constitucional que se seguiram.

Nesse contexto, o presente trabalho pretende analisar especificamente dois problemas dogmáticos enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal na sua jurisprudência recente (em três casos específicos), nos termos delimitados abaixo.

Nos últimos anos, parece ter havido uma guinada na importância do direito internacional nas decisões do Supremo Tribunal Federal e também no debate legislativo. A Emenda nº 45/2004 é um dos marcos relevantes no tema, por ter transformado, conforme se verá adiante, uma parte importante das disposições da Constituição Federal relacionadas ao direito internacional. Além do marco simbólico que o ano de 2004 representa para o texto constitucional, o período posterior à Emenda nº 45 foi povoado por julgamentos que mobilizaram e envolveram a comunidade jurídica e a sociedade civil e que discutiram a aplicação e a interpretação de normas de direito internacional. Interessam aqui os casos de grande repercussão relacionados às normas de direito internacional, em que o Supremo Tribunal Federal modificou entendimento consolidado ou tratou de novos problemas sobre os quais o tribunal nunca havia se manifestado expressamente.

Considera-se que a primeira decisão que abordou expressamente as novas disposições introduzidas pela Emenda nº 45/2004 ocorreu em 2008, em caso que discutia a possibilidade da prisão civil do depositário infiel. A questão vinha sendo muito discutida desde os anos

1990, mas em 2008 o Supremo Tribunal Federal tomou a decisão que inaugura, para fins desse trabalho, uma nova fase no entendimento da corte constitucional brasileira em relação ao direito internacional. Depois deste caso, o Supremo Tribunal Federal teve outras oportunidades de lidar com a questão da interação entre direito internacional e direito doméstico, conforme analisarei a seguir. Cumpre destacar que a nova fase inaugurada em 2008 diz respeito não somente à aplicação de normas internacionais pelo Supremo Tribunal Federal, mas inclui também questões relacionadas à interação entre o tribunal e órgãos adjudicatórios internacionais, como o Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e Tribunal Arbitral *ad hoc* instaurado no âmbito do Mercosul.

Além de inovações no âmbito da jurisprudência do Supremo, cumpre destacar que esse novo período foi acompanhado por inovações no âmbito legislativo. Destaca-se, entre elas, a ratificação da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, com a promulgação do Decreto nº 7.030, em 2009. A Convenção de Viena, que havia sido assinada pelo Brasil em 1992, afirma princípios básicos de interpretação de acordos internacionais, como o *pacta sunt servanda* (Art. 26). Além disso, de especial relevância para o presente trabalho, a Convenção estabelece que um Estado não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (Art. 27) e nem para invalidar sua adesão a um acordo internacional (art. 46).

As reações a esses casos de maior repercussão, no que diz respeito ao direito internacional, foram diversas. Algumas decisões foram celebradas como sinal de prestígio à ordem jurídica internacional[1]; outras foram criticadas por seu descompasso (ou até desprezo) em relação ao direito internacional[2]. A maioria desses casos resultou em longos votos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, entretanto não está perfeitamente

---

[1] Ver, e.g., A. CRISTO. Supremo decide que prisão de depositário infiel é ilegal, *Consultor Jurídico,* 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-03/supremo_decide_prisao_depositario_infiel_ilegal>. Acesso em 17 ago. 2013. "Assim, por unanimidade, os ministros concederam o Habeas Corpus. Por maioria, deram à Emenda Constitucional 45/04 a interpretação de que os tratados internacionais de Direitos Humanos têm força supra-legal, mas infraconstitucional."

[2] Ver, e.g., D. VENTURA. A Interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional. *Revista de Direito de Estado*, v. 17-18, 2011, p. 545-574. "[O] indeferimento da ADPF 153 contribui para o aprofundamento da mescla entre a ignorância e o desprezo pelo Direito Internacional público que ainda caracterizam a cultura jurídica brasileira." (p. 5)

claro o que estas decisões de fato representam para a relação do direito internacional com a ordem interna. As decisões são longas, os argumentos nem sempre organizados de maneira fácil e o diálogo com determinadas correntes argumentativas é, em alguns casos, inexistente. Nesse contexto, mostrou-se imperioso estudar as decisões com mais profundidade, para além do que dizem suas ementas. De forma geral, a parte dispositiva de cada uma destas decisões diz pouco a respeito da relação do direito internacional com a ordem interna. Frequentemente, os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal em um mesmo caso não convergem no que se refere às implicações e à hierarquia das normas de direito internacional, ainda que os ministros concordem no resultado da decisão. Além do mais, não bastasse a falta de clareza em relação a cada decisão isolada, não se sabe o que o conjunto de decisões representa e se existe coerência ou conexão entre os casos. Em outras palavras, está claro que algo está mudando na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre direito internacional, mas o que exatamente? É preciso saber de onde viemos e em que direção estamos indo.

Cumpre aqui fazer uma importante observação metodológica: não se pretende aqui produzir enunciados absolutos sobre a posição do Supremo Tribunal Federal em determinadas questões relacionadas ao direito internacional. É claro que os votos dos ministros não são necessariamente coesos, mesmo quando eles compõem a maioria vencedora, e nem sempre as suas decisões são coerentes com julgamentos anteriores. Mesmo assim, as decisões do Supremo Tribunal Federal podem trazer maior segurança jurídica para determinado assunto, ou no mínimo informar a estratégia a ser utilizada nos futuros casos relacionados ao tema. Ainda assim, parece relevante investigar como se construiu o discurso dogmático dessas decisões mais recentes.

Para tanto, optou-se por restringir o foco do trabalho à discussão dogmática em três decisões do Supremo Tribunal Federal que são, a meu ver, representativas da nova problemática enfrentada pela corte na discussão a respeito da relação entre a ordem jurídica brasileira e dois tipos de fontes de direito internacional: (i) os tratados internacionais ratificados pelo país e (ii) as decisões proferidas por cortes internacionais às quais o Brasil

tenha se submetido[3]. Ainda que essas decisões sejam representativas de alguns dos interessantes problemas que se colocam ao Supremo Tribunal Federal, não se pretende afirmar que elas discutam ou definam o entendimento do tribunal a respeito da totalidade das questões ligadas ao direito internacional na ordem constitucional brasileira. Elas ajudam, no entanto, a compreender uma parte importante da problemática.

O primeiro caso é o julgamento da constitucionalidade da prisão civil por dívida do depositário infiel, em 2008, que discute a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que proíbe a prisão civil salvo nos casos de inadimplemento de obrigação de alimentos, em face do inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal, que permite a prisão civil também no caso do depositário infiel. O segundo, julgado em 2009, é a ADPF n° 101/DF, que discute uma série de medidas regulatórias a respeito da importação de pneus usados e remoldados. Antes de o caso ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal, essas medidas também foram discutidas no âmbito do Mercado Comum do Sul (Mercosul) e da Organização Mundial do Comércio (OMC), de forma que o tribunal se viu diante de decisões de tribunais internacionais que, além de tudo, eram conflitantes entre si. Por fim, o terceiro caso conjuga questões ligadas aos diplomas normativos internacionais e a um tribunal internacional: a ADPF n° 153, que discutiu a constitucionalidade da Lei de Anistia, questão que também foi abordada nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Existem diversos outros casos julgados a partir de 2008 que também trataram da relação entre direito interno e direito internacional, como o Pedido de Extradição nº 1.085, de Cesare Battisti e a Pet. 3.388 (discutindo a demarcação de terras na reserva Raposa Serra do Sol). A meu ver, no entanto, os três casos descritos acima são os de maior pertinência para as questões que se pretende analisar aqui.

Assim, o trabalho visa mapear as questões dogmáticas enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal em cada um desses três casos, o que inclui a análise tanto das respostas dadas pelos ministros quanto dos temas sobre os quais eles se silenciaram. Assim, mais do que fornecer respostas sobre qual é a posição do Supremo Tribunal Federal nas diversas questões

[3] Assim, não estão no escopo do trabalho outros tipos de normas internacionais, como as que são consideradas como aplicáveis independentemente do consentimento dos Estados, ainda que esse tipo de norma seja utilizada por parte da doutrina para justificar determinado tratamento aos tratados de direitos humanos ratificados por um Estado.

ligadas à relação entre direito interno e direito internacional, este trabalho busca apontar os problemas dogmáticos que o tribunal enfrenta nesses casos, e que tipo de respostas dão os seus ministros a esses problemas.

Em segundo lugar, para melhor compreender o contexto dogmático em que se encontram essas decisões, proponho investigar duas outras questões. A primeira delas é a jurisprudência anterior do Supremo Tribunal Federal em relação a direito internacional. A segunda é a própria transformação do direito internacional e do texto constitucional ao longo do tempo. Naturalmente, inúmeras seriam as abordagens possíveis para "dar contexto" às decisões analisadas. O trabalho não pretende, e nem poderia pretender, fornecer um retrato completo dos inúmeros fatores históricos e políticos relevantes para a compreensão dessas decisões. No entanto, do ponto de vista da dogmática, mostrou-se relevante analisar as decisões que o próprio Supremo Tribunal Federal considera como referenciais nas questões de direito internacional, os dispositivos constitucionais com base nos quais tais decisões são tomadas e, finalmente, o conjunto de normas que constitui o direito internacional, com o qual se está a estabelecer uma relação.

Nesse sentido, é importante esclarecer que ao estudar a jurisprudência anterior do Supremo Tribunal Federal e as constituições e tratados anteriores, não se pretende levar a cabo uma análise histórica. É verdade que essa tarefa envolve olhar para o passado, mas não se trata de um trabalho histórico na medida em que não relaciona os objetos de estudo com as inúmeras contingências políticas, sociais e econômicas da época. O que se pretende é relatar o desenvolvimento desse objeto ao longo do tempo.

Esse estudo pode fornecer pistas importantes para uma série de questões que surgem quando se fala da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação ao direito internacional. Os casos recentes demonstram maior abertura do sistema brasileiro à ordem internacional ou, ao contrario, desprestígio ou até desconsideração pelas normas de direito internacional? A fundamentação do Supremo Tribunal Federal nesses casos representa uma continuidade ou ruptura em relação à sua jurisprudência anterior, ou estaria a corte diante de questões nunca antes apreciadas? Como elas se relacionam com a maneira como a

Constituição referiu-se a questões de direito internacional, e às mudanças introduzidas pela Emenda nº 45?

O trabalho inicia-se apresentando alguns dos fatores que podem ajudar a compreender as decisões. Assim, começo por apresentar um panorama geral das transformações ocorridas no direito internacional na segunda metade do século XX. Em seguida, relato de maneira sucinta o desenvolvimento das teorias que se ocupam da relação entre direito internacional e direito interno. Passo ao caso brasileiro, começando por explicar a evolução do tratamento dado ao direito internacional nas constituições do Brasil e nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Não seria possível entender a forma como as instituições brasileiras definiram a relação entre direito interno e direito internacional sem considerar também as transformações por que passou este último. Assim, descrevo a evolução dos tratados ratificados pelo Brasil e que formaram o corpo de normas que se relacionaria com o direito interno.

Enquanto as constituições brasileiras até 1967 mantiveram, em linhas gerais, as fórmulas genéricas estabelecidas na primeira constituição da república no que diz respeito ao direito internacional, a Constituição de 1988 inovou em muitos aspectos. Abordarei as inovações trazidas pela Constituição de 1988 (e as discutidas pela Assembleia Constituinte, mas que não foram incorporadas ao seu texto final), as controvérsias na sua interpretação e a Emenda nº 45/2004, que tentou esclarecer algumas das dúvidas que pairavam sobre o texto de 1988. Analiso em seguida alguns dos casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal antes de 2008, na vigência da nova constituição. Por fim, passo à análise dos três casos já referidos, evidenciando os diferentes argumentos com que o Supremo Tribunal Federal estrutura tais decisões, bem como aponto algumas das questões com as quais o tribunal optou por não se engajar. Por fim, apresento na conclusão algumas observações sobre os principais pontos de conexão ou contradição entre os três casos analisados, bem com sobre os potenciais desafios dogmáticos que o Supremo Tribunal Federal poderá enfrentar nos próximos anos na discussão da relação entre direito interno e direito internacional.

2. INTERNACIONALIZAÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

2.1. Expansão do direito internacional na segunda metade do século XX

Durante o último século, houve um incremento exponencial de normas internacionais, criadas por tratados, pelas práticas estatais e por instrumentos de *soft law*. Como se explicará abaixo, o período posterior ao final da Segunda Guerra Mundial foi marcado por importantes esforços de codificação do direito internacional e pelo surgimento e fortalecimento de meios de cooperação regional. Aliada a essa expansão normativa, ampliou-se o leque temático do direito internacional, que passou a tratar de diversos assuntos antes não regulados. A proliferação dos tratados ocorreu tanto pela criação de normas sobre domínios específicos, como o direitos humanos, ambiental e armas nucleares, quanto como resultado de regulamentação regional.

Essa transformação no direito internacional ocorreu especialmente após o final da Segunda Guerra Mundial. A própria guerra foi entendida como o fracasso do sistema político internacional anterior, estruturado ao redor da Liga das Nações[4]. Constatou-se que a instituição não havia sido capaz de garantir os seus principais objetivos: a segurança coletiva e a resolução pacífica de controvérsias entre Estados soberanos[5]. Com a extinção da Liga das Nações, procurou-se estabelecer um sistema que corrigisse a falhas do seu predecessor. A Organização das Nações Unidas, em 1946, almejava ser uma organização verdadeiramente internacional, e não eurocêntrica. Influenciada pelas teorias realistas das relações

---

[4] A Liga das Nações foi estabelecida pelo Tratado de Paz de 1919, assinado após o término da Primeira Guerra Mundial. Consistia de uma Assembleia e um Conselho, mas tornou-se essencialmente uma organização de países europeus. Durante a maior parte da sua existência, a Liga das Nações não contou com a participação nem dos Estados Unidos e nem da União Soviétiva.

[5] M. KOSKENIEMI. History of International Law, since World War II, In: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Junho 2011. Cumpre destacar que a Liga das Nações, mesmo antes da Segunda Guerra Mundial, já mostrava indícios de sua incapacidade de manter a paz mundial: "While it did have certain minor successes with regard to the maintenance of international order, it failed when confronted with determined aggressors. Japan invaded China in 1931 and two years later withdrew from the League. Italy attacked Ethiopia, and Germany embarked unhindered upon a series of internal and external aggressions. The Soviet Union, in a final gesture, was expelled from the organization in 1939 following its invasion of Finland." M. SHAW *International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 30.

internacionais, a organização, ciente de que os conflitos armados não iriam desaparecer pela mera criação de regras sobre a paz, buscou regulamentar e procedimentalizar eventuais conflitos, tornando o início de uma guerra mais oneroso para os seus países membros[6].

A Segunda Guerra Mundial também acelerou o declínio dos grandes impérios colonialistas, e consequentemente a formação de uma série de novos Estados soberanos, de forma que já em 1960, a maioria dos membros da ONU eram o que naquela época chamava-se de países de "Terceiro Mundo". Ao mesmo tempo, houve a ascensão da União Soviética e do grupo de países sob sua influência. Estes dois fatores, entre outros, modificaram a configuração da comunidade internacional, e permitiram a inclusão, no âmbito da ONU, de novas pautas no debate das normas internacionais, como a autodeterminação e a igualdade racial[7]. Nas primeiras décadas após a criação da ONU, houve uma série de iniciativas para a codificação de regras costumeiras de direito internacional e, conforme se verá a seguir, significativa expansão do campo dos tratados internacionais.

Deve-se notar que ocorreu não somente uma expansão quantitativa, mas também uma transformação qualitativa. Tradicionalmente, as funções essenciais do direito internacional residiam na regulação da cooperação entre Estados, nos termos estabelecidos no que se convencionou chamar de Paz de Vestefália[8]. No entanto, a partir da segunda metade do século XX, o direito internacional expandiu-se consideravelmente, passando a regular questões que anteriormente eram de exclusividade do campo doméstico, referentes à relação entre o Estado e os seus próprios cidadãos.

---

[6] A. CASSESE. *International Law*, Oxford University Press, 2005. "[W]hen the framers of the UN Charter upgraded peace to such a high rank, they did not naïvely pursue the goal of permanente and universal peace. They were aware that international friction and inter-State conflict would not disappear by legislative fiat. They more realistically set about building up a system designed to make armed clashes exceptional events, to be controlled and terminated by means of internacional institutionalized co-operation. In short, States aimed at achieving a state of affairs where the absence of war was to be a fairly normal condition. One means of pursuing this new purpose was to render the unleashing of wars more onerous than before." (p. 40)

[7] A. CASSESE. *International Law*, Oxford University Press, 2005, pp. 42-43.

[8] A Paz de Westfália, que culminou em 1648, com os Tratados de Münster e Osnabrück e o fim d a Guerra dos Trinta Anos, foi o resultado de um processo histórico de definição dos países europeus como países soberanos. A soberania, neste contexto, é entendida como autoridade suprema em relação a um território. A este respeito, ver D. PHILPOTT. "Sovereignty", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/sovereignty/>. Acesso em 17 ago. 2013.

Ao mesmo tempo, passou desenvolveu-se a ideia de que haveria um conjunto de normas cogentes em direito internacional, às quais estariam submetidos os Estados independentemente de manifestarem seu consentimento pela participação em um determinado acordo internacional. O reconhecimento desse conjunto de normas, comumente chamado de *jus cogens*, representa um afastamento parcial do positivismo que dominava a criação normativa no direito internacional desde o século XIX. Assim, abandonou-se a ideia de que o ordenamento jurídico doméstico regula as questões entre os indivíduos e entre os indivíduos e o aparato estatal, enquanto o direito internacional estaria restrito a governar as relações entre Estados[9]. Tais fenômenos resultam numa crescente interação entre o âmbito internacional e o doméstico, tendo importantes implicações para ambos, conforme explorado no capítulo 2.

Ademais, a proliferação dos tratados foi em grande medida acompanhada pela criação de órgãos adjudicatórios internacionais[10] (e portanto não-estatais), com competência para aplicar tais disposições de direito internacional e com jurisdição sobre questões que também podem estar sujeitas às cortes constitucionais estatais.

Nesse contexto, às cortes constitucionais se impõe a tarefa de, por um lado, aplicar novas normas de direito internacional cuja estrutura foge da concepção tradicional e, por outro, lidar com o fato de que os órgãos adjudicatórios internacionais também se manifestam sobre o significado de tais normas de direito internacional, e que uma mesma situação fática pode estar submetida a sua própria jurisdição e também à jurisdição dessas cortes internacionais.

São inúmeros os exemplos em que um determinado conjunto fático é discutido no âmbito de um tribunal internacional e também em uma corte doméstica. A Corte Internacional de Justiça, por exemplo, julgou em 2004 o caso referente ao muro construído por Israel na

---

[9] M. SHAW. *International Law*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2003, p. 121.

[10] Note-se que ao longo do trabalho utilizarei intercambiavelmente as expressões "órgão adjudicatório internacional", "corte internacional" e "tribunal internacional", referindo-me a um órgão a quem tenha sido outorgada a competência (exclusiva ou não) de resolver conflitos relativos a normas de direito internacional.

Cisjordânia (*Beit Sourik Village Council v. Israel*), questão que também foi analisada pela Corte Suprema de Israel em 2005[11].

Além do fenômeno geral de expansão do direito internacional, cumpre-se notar que alguns países passaram a assumir compromissos de cumprimento com o direito internacional através de disposição expressa no seu ordenamento jurídico nacional. Isso ocorreu frequentemente nos países que eram dominados por regimes ditatoriais e passaram por um transição democrática, conforme explica Vladlen Vereshchetin:

> "Every devastating war gave rise to hopes, that due compliance with international law, both domestically and internationally, could serve as guarantee against the repetition of the scourge of war. For former aggressors and States with a totalitarian past, the constitutional commitment to observe the rules of international law serves also as a kind of pledge at the highest possible level, of fidelity to international legal values."[12]

Até o final da Segunda Guerra Mundial, questões de direitos humanos eram consideradas, de forma geral, de interesse apenas no nível doméstico[13]. O movimento do direito internacional dos direitos humanos surgiu a partir de 1945, como uma reação ao holocausto e outras atrocidades cometidas em nome do nazismo, e em meados dos anos 1960 já estava razoavelmente estabelecido na agenda internacional[14]. Um dos marcos iniciais do movimento foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, aprovada no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU). No mesmo ano, foi aprovada também a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio. Desde então, a ONU aprovou uma série de convenções e adotou diversas iniciativas com o objetivo de promover os direitos humanos mundialmente, como a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1952); as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros (1957); Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1966); o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos

---

[11] Corte Suprema de Israel, HCJ 7957/04 *Mara'abe v. Prime Minister of Israel,* julgado em 15 de setembro de 2005.
[12] V. VERESHCHETIN, New Constitutions and the Old Problem of the Relationship between International Law and National Law, *European Journal of International Law*, No. 7, 1996, p. 30.
[13] R. B. BILDER, An Overview of International Human Rights Law, In: Hurst Hannum (Ed.), *Guide to Intellectual Human Rights Practice*, 4ª ed., Transnational Publishers, 2004, p. 4-5.
[14] Idem, ibidem.

Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1967), Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979); Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e a Convenção relativa aos Trabalhadores Migrantes (1990)[15].

Além disso, a partir dos anos 1960, fortalecem-se os modelos de integração regional, especialmente no campo do comércio internacional, mas também na área de direitos humanos, com a criação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950), seguida pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981). Ainda que os tratados da ONU prevejam, em alguns casos, algum tipo de órgão de supervisão, o avanço trazido pelas convenções regionais é o surgimento de órgãos adjudicatórios para a resolução de disputas relacionadas à aplicação dos seus respectivos tratados. Em 1998, foi criado o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional e entrou em vigor em 2002, "com jurisdição sobre os crimes de maior gravidade que afetem a comunidade internacional no seu conjunto"[16], isto é, os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e o crime de agressão[17].

Com o fortalecimento do movimento de direitos humanos, desenvolveu-se o reconhecimento desses direitos como de interesse da comunidade internacional (e não mais restrito aos interesses domésticos de um Estado em seu território). Flávia Piovesan aponta as duas principais consequências dessa mudança:

> "(1) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional, em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, permitem-se formas de monitoramento e responsabilização internacional, quando os direitos humanos forem violados;

[15] Idem, p. 5.
[16] Estatuto de Roma, 1998, Preâmbulo.
[17] Idem, art. 5.1.

> (2) a cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito."[18]

Outro desenvolvimento importante no direito internacional para os fins deste trabalho é a doutrina da responsabilidade do Estado. Comumente referida como *State responsability* é fenômeno relativamente recente no direito internacional, e trata da ocorrência e das consequências de uma violação a uma regra de direito internacional[19]. Ainda que a criação da doutrina da responsabilidade do Estado seja atribuída por alguns autores aos casos de arbitragem envolvendo os Estados Unidos para resolver disputas de investimento estrangeiro no final do século XIX[20], seu desenvolvimento teórico e consolidação deu-se ao longo do século XX.

O regime de responsabilidade do Estado em direito internacional é composto por uma série de princípios básicos. Em 1927, no célebre caso *Chorzów Factory*, a Corte Internacional de Justiça estabeleceu o princípio de que a violação de uma obrigação de direito internacional gera a obrigação de reparar o dano causado[21]. De forma geral, qualquer ação ou omissão pode ser considerada uma violação de uma obrigação, que por sua vez pode ser estabelecida por tratado, costumes, ou outro fundamento[22]. A doutrina desenvolveu-se significativamente desde então, sendo hoje um dos principais capítulos do direito internacional contemporâneo.

Um dos elementos essenciais para a aplicação da doutrina da responsabilidade do Estado é a atribuição de determinado ato ao Estado que se pretende responsabilizar. Esse tema levanta diversas questões a respeito dos atos de diferentes órgãos ou agências dentro de um

---

[18] F. PIOVESAN. Hierarquia dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF. In: 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora?, *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol.1, n. 6. Porto Alegre, 2008. pp.107-108.

[19] *Ver* I. BROWNLIE. *Principles of Public International Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1980, pp. 433 e ss.

[20] A. NISSEL. The Duality of State Responsibility. *Columbia Human Rights Law Review*, 2013, pp. 795 e ss.

[21] Corte Internacional de Justiça, *Factory at Chorzów*, Decisão sobre a Jurisdição, julgado em 26 de julho de 1927.

[22] I. BROWNLIE. *Principles of Public International Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1980, p. 436.

mesmo Estado. De forma geral, as decisões judiciais são entendidas como atos atribuídos ao Estado e, portanto, sujeitos à aplicação da teoria da responsabilidade do Estado[23].

Por sua vez, a regra segundo a qual um Estado não pode utilizar seu direito interno para justificar violação de uma obrigação imposta por um tratado é um dos princípios basilares do direito internacional público e da teoria da responsabilidade do Estado. Esse princípio está cristalizado no Art. 27 da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 7.030/2009.

Assim, as transformações na configuração da comunidade internacional e no direito internacional ocorridas a partir do final da Segunda Guerra levaram à expansão do direito internacional a diversos setores antes entendidos como de competência exclusiva da regulação estatal e à criação de diversos tribunais internacionais e órgãos de supervisão encarregados da implementação de tais normas de direito internacional ou resolução das controvérsias que versam sobre a sua interpretação e aplicação. Esse novo cenário gerou uma série de situações fáticas e desafios teóricos relacionados à justaposição das esferas internacional e doméstica.

2.2. Teorias sobre direito internacional nas cortes domésticas

O objeto deste trabalho se insere no debate a respeito da relação entre direito internacional e direito interno. Ao longo do último século, essa relação foi frequentemente analisada a partir da dicotomia entre as teorias de dualismo e monismo. Entre os principais expoentes da teoria dualista, destacam-se Carl Heinrich Triepel e Dionisio Anzilotti. Segundo essa teoria, o direito internacional e o direito doméstico são sistemas independentes e auto-contidos (*self-contained*), de tal modo que "a validade jurídica de uma norma interna não se condiciona à sua sintonia com a ordem internacional"[24]. Mesmo nos casos em que os dois sistemas adjudicam um mesmo conjunto de fatos, não haveria conflito normativo, já que a

[23] *Ver,* I. BROWNLIE. *Principles of Public International Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1980, pp. 449 e ss.
[24] F. REZEK. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*, 10a Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 4.

cada um se coloca uma questão jurídica distinta[25]. Hans Kelsen foi um dos maiores teóricos do monismo, que defende que o direito internacional e o direito doméstico fariam parte de um mesmo sistema e, portanto, não existiria conflito entre os dois, já que regras a respeito de hierarquia de normas seriam aplicáveis. Os autores monistas se dividem em duas correntes: os que advogam pela primazia do direito interno sobre o direito internacional, e os que adotam a posição contrária, de que o direito internacional prevaleceria em relação às normas internas[26].

Cada uma dessas teorias tem implicações para o *status* hierárquico das normas de direito internacional no direito interno: segundo a teoria dualista, a resposta a essa questão será dada pelas regras de direito interno. A depender do tipo de monismo que se adote, a questão será resolvida pelo direito internacional ou doméstico[27].

As teorias monista e dualista têm sido muito criticadas pelos acadêmicos contemporâneos, que afirmam que elas são incapazes de explicar a interação entre direito internacional e direito interno que ocorre hoje em dia[28]. Argumenta-se que esta dicotomia não tem mais a mesma utilidade, em função das diversas transformações ocorridas tanto no âmbito internacional quanto nas esferas nacionais[29]. O próprio Supremo Tribunal Federal já afirmou a inutilidade dos conceitos de monismo e dualismo para decidir sobre o papel do direito internacional no ordenamento jurídico brasileiro: "[é] na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro" [30]. Por outro lado, em outras ocasiões a corte se diz "dualista", no

---

[25] G. GAJA. *Dualism – A Review*, New Perspectives on the Divide Between National and International Law, 2007.

[26] Ver G. BINENBOJM. Monismo e Dualismo no Brasil: Uma Dicotomia Afinal Irrelevante. In: *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; F. REZEK. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*, 10a Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

[27] Ver J. DUNOFF. *Internacional law*: norms, actors, process: a problem-oriented approach, 3a ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2010, pp. 243 e ss.

[28] Y. SHANY. *Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Courts*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007, pp. 3 e ss. G. BINENBOJM. Monismo e Dualismo no Brasil: Uma Dicotomia Afinal Irrelevante. In: *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

[29] *Ver, e.g.,* SIR G. FITZMAURICE. The General Principles of International Law. In: *Recueil des Cours*, vol. 92, 1957, p. 1 e ss.: "the entire monist-dualist controversy is unreal, artificial and stritcly beyond the point" (p. 1). *Ver também* C. GREWE. The Relationship between the EU and Member States in Constitutional Case Law: a Comparison between Western and Eastern Europe. *Cambridge Year Book of European Lega Studies*, vol.189, 2007-2008. p. 189.

[30] ADI 1480 MC / DF, Relator Ministro Celso de Mello, Voto do Relator, julgado em 04 de setembro de 1997. Ver também Voto Celso de Mello na Carta Rogatória no 8.279, de 4 de maio de 1998: "Não obstante a

sentido de entender que o ordenamento interno é independente das obrigações do Brasil no plano internacional, e que o descumprimento de obrigação de direito internacional só tem efeitos nesse plano.

Apesar de as teorias monista e dualista serem consideradas de pouca utilidade para o debate contemporâneo por muitos autores e mesmo por magistrados das cortes domésticas, sua importância para o presente trabalho tem um duplo sentido. Em primeiro lugar, é verdade que essas teorias informaram o debate sobre a relação entre direito internacional e direito interno durante boa parte do século XX. Assim, são relevantes para a compreensão das decisões do Supremo Tribunal Federal durante tal período. Em segundo lugar, como bem resume Francisco Rezek, cada uma dessas teorias enfatiza um valor distinto, e esses valores ainda pautam, em alguns casos, a lógica das decisões tomadas pelas cortes domésticas atualmente:

> "Nenhuma dessas três linhas de pensamento é invulnerável à crítica, e muito já escreveram os partidários de cada uma delas no sentido de desautorizar as demais. Perceberíamos, contudo, que cada uma das três proposições pode ser valorizada em seu mérito, se admitíssemos que procuram descrever o mesmo fenômeno visto de diferentes ângulos. Os dualistas, com efeito, enfatizam a diversidade das fontes de produção das normas jurídicas, lembrando sempre os limites de validade de todo direito nacional, e observando que a norma do direito das gentes não opera no interior de qualquer Estado senão quando este, havendo-a aceito, promove-lhe a introdução no plano doméstico. Os monistas kelsenianos voltam-se para a perspectiva ideal de que se instaure um dia a ordem única, e denunciam, desde logo, à luz da realidade, o erro da ideia de que o Estado soberano tenha podido outrora, ou possa hoje, sobreviver numa situação de hostilidade ou indiferença frente ao conjunto de princípios e normas que compõem a generalidade do direito das gentes. Os monistas da linha nacionalista dão relevo especial à soberania de cada Estado e à descentralização da sociedade internacional. Propendem, desse modo, ao culto da constituição, afirmando que seu texto, ao qual nenhum outro pode sobrepor-se na hora presente, há de encontrar-se notícia do grau exato de prestígio a ser atribuído as normas internacionais escritas e costumeiras. Se é certo que pouquíssimos autores, fora do contexto soviético, comprometeram-se doutrinariamente com o

---

controvérsia em torno do monismo e dualismo tenha sido qualificada por Charles Rousseau (*Droit International Public Approfondi*, p. 3/16, 1958, Dalloz, Paris), no plano do direito internacional público, como mera *discussion d'école* torna-se necessário reconhecer que o mecanismo de recepção, tal como disciplinado pela Carta Política brasileira, constituiu a mais eloquente atestação de que a norma internacional não dispõe, por autoridade própria, de exequibilidade e de operacionalidade imediata no âmbito interno, pois, para tornar-se eficaz e aplicável na esfera doméstica do estado brasileiro, depende, essencialmente, de um processo de integração normativa que se acha delineado, seus aspectos básicos, na própria Constituição da República."

monismo nacionalista, não menos certo é que essa ideia norteia as convicções judiciárias em inúmeros países do ocidente – incluídos o Brasil e os Estados Unidos da América –, quando os tribunais enfrentam o problema do conflito entre normas de direito internacional e de direito interno."[31]

A interação entre o direito interno e o direito internacional tem sido cada vez mais objeto de decisões de cortes nacionais e de produção acadêmica. A preocupação com essa questão levou alguns países a adotar, em suas constituições, medidas específicas que de alguma forma regulam essa relação. É o caso, por exemplo, de França[32], Haiti[33], Países Baixos[34] e África do Sul[35].

---

[31] F. REZEK. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*, 10a Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 4-5.

[32] Constituição da França, 1958.

"Art. 54. Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution.

Art. 55. Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie."

[33] Constituição do Haiti, 1987.

"Art. 276.1: L'Assemblée Nationale ne peut ratifier aucun Traité, Convention ou Accord Internationaux comportant des clauses contraires à la présente Constitution. […]

Art. 276.2: Les Traités ou Accord Internationaux, une fois sanctionnés et ratifiés dans les formes prévues par la Constitution, font partie de la Législation du Pays et abrogent toutes les Lois qui leur sont contraires.

[34] Constituição dos Países Baixos, 1815 (redação conforme reforma de 1993)

"Art. 91

(1) The Kingdom shall not be bound by treaties, nor shall such treaties be denounced without the prior approval of the Parliament. The cases in which approval is not required shall be specified by Act of Parliament.

(2) The manner in which approval shall be granted shall be laid down by Act of Parliament, which may provide for the possibility of tacit approval.

(3) Any provisions of a treaty that conflict with the Constitution or which lead to conflicts with it may be approved by the Chambers of the Parliament only if at least two-thirds of the votes cast are in favor. […]

Article 94

Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties that are binding on all persons or of resolutions by international institutions."

Fonte da tradução: J. DUNOFF. *Internacional law*: norms, actors, process: a problem-oriented approach, 3a ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2010, p. 245.

[35] Constituição da África do Sul,

"231. International agreements

The negotiating and signing of all international agreements is the responsibility of the national executive.

An international agreement binds the Republic only after it has been approved by resolution in both the National Assembly and the National Council of Provinces, unless it is an agreement referred to in subsection (3).

An international agreement of a technical, administrative or executive nature, or an agreement which does not require either ratification or accession, entered into by the national executive, binds the Republic without approval by the National Assembly and the National Council of Provinces, but must be tabled in the Assembly and the Council within a reasonable time.

Any international agreement becomes law in the Republic when it is enacted into law by national legislation; but a self-executing provision of an agreement that has been approved by Parliament is law in the Republic unless it is inconsistent with the Constitution or an Act of Parliament.

A literatura sobre o assunto insere-se no contexto mais amplo da internacionalização das cortes nacionais, e cresceu exponencialmente nos últimos anos, especialmente fora do Brasil. Existem diversas teorias e explicações sobre que tipo de transformações estão ocorrendo no direito constitucional e no direito internacional, e na relação entre essas duas esferas. Para David Kennedy, o fato de repensarmos a natureza do direito fora e entre os estados é significativo pois reflete o quão pouco de fato sabemos sobre a forma como somos governados, estando ainda para ser desvendado o "mistério da governança global" [36].

Atualmente, o debate desse tema frequentemente gira em torno de conceitos relativamente contemporâneos, como constitucionalismo internacional, pluralismo jurídico e governança global, e na redefinição de conceitos antigos, como o de soberania. As posições adotadas a respeito da relação entre direito internacional e a esfera doméstica, que são tanto normativas quanto descritivas, são muito variadas. As questões que pautam o debate frequentemente são (i) a existência de normas de direito internacional que vinculem os estados independentemente do seu consentimento formal; (ii) hierarquia de normas de direito internacional em relação à constituição, especialmente nos casos dos direitos fundamentais; (iii) autoridade máxima a respeito da interpretação de normas de direito internacional, aplicadas tanto por cortes constitucionais quanto por tribunais internacionais; (iv) valor interpretativo e não vinculante das normas internacionais e decisões de cortes internacionais para a tomada de decisão de cortes constitucionais; e (v) a utilização de certas normas de direito internacional no controle de constitucionalidade, fenômeno em alguns casos chamado de "controle de convencionalidade".

The Republic is bound by international agreements which were binding on the Republic when this Constitution took effect.
232. Customary international law
Customary international law is law in the Republic unless it is inconsistent with the Constitution or an Act of Parliament.
233. Application of international law
When interpreting any legislation, every court must prefer any reasonable interpretation of the legislation that is consistent with international law over any alternative interpretation that is inconsistent with international law."

[36] D. KENNEDY. The Mistery of Global Governance. In: J. DUNOFF e J. TRACHTMAN (ed.), *Ruling the world? Constitutionalism, International Law, and Global GovernanceI*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009. pp. 38-39.

Para Anne-Marie Slaughter, por exemplo, o processo de globalização e a emergência de novas ameaças transnacionais mudaram fundamentalmente a natureza da governança e dos propósitos do direito e, para atacar essas questões, o direito internacional precisa ser capaz de influenciar as políticas domésticas dos estados e utilizar-se de instituições nacionais na perseguição de objetivos globais. O direito internacional deveria, portanto, assumir novas funções[37].

O constitucionalismo do direito internacional, por sua vez, é muitas vezes identificado com a existência de normas de direito internacional que limitam a atuação do estado no âmbito doméstico, como os regimes internacionais de direitos humanos[38]. Por outro lado, Jeffrey Dunnof e Joel Trachtman adotam um conceito mais amplo, afirmando que as normas internacionais constitucionais são as que exercem alguma das seguintes funções: (i) permitir a formação de um "direito internacional ordinário", como ocorre no caso da União Europeia, com o conjunto de normas que estabelece procedimentos para a edição de normas secundárias, ou no caso da Organização das Nações Unidas ("ONU"), cujas regras estabelecem o Conselho de Segurança e lhe outorgam poder para emitir normas vinculantes aos membros da ONU; (ii) limitar a formação do direito internacional, como ocorre, por exemplo, quando a Corte Europeia de Direitos Humanos afirma que as regras da Convenção Europeia de Direitos Humanos prevalece sobre qualquer outro tratado, ou o próprio *jus cogens*; e (iii) preencher as lacunas que existem no direito constitucional nacional[39].

O debate acerca das funções e contornos do direito internacional em relação ao direito interno constitucional enseja também uma discussão a respeito do uso do direito internacional (e até do direito constitucional estrangeiro) como fonte para a interpretação das cortes constitucionais nacionais. Esse debate é especialmente intenso nos Estados Unidos, tendo como um de seus principais expoentes o juiz da Suprema Corte americana Antonin Scalia. Scalia defende que os intérpretes constitucionais devem resistir às influências internacionais e estrangeiras e compreender a constituição como a expressão do processo democrático do povo

---

[37] A. SLAUGHTER. Judicial Globalization. *Virginia Journal of International Law*, Vol. 40, 1999-2000, p. 1103.
[38] J. DUNOFF e J. TRACHTMAN. A Functional Approach to International Constitutionalism. In: *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009, p. 12
[39] Idem, p. 10 e ss.

daquela país específico, não sujeito a interferências externas[40]. Assim, utilizar tais fontes na determinação do conteúdo da constituição americana geraria o que se convencionou chamar de "o problema contramajoritário" ("*countermajoritarian problem*"). John Roberts, Presidente da Suprema Corte americana, afirma que adicionalmente à questão contramajoritária, existe um problema no fato de que a utilização de fontes internacionais ou estrangeiras permitiria que o intérprete escolhesse precedentes ou princípios não nacionais para justificar suas próprias convicções, num processo de escolha arbitrária do substrato estrangeiro utilizado na fundamentação das decisões da corte (comumente chamado de "cherry-picking")[41]. Como conhecido defensor da posição contrária, o também juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, Stephen Breyer defende que o direito emerge de um processo de "conversação", em que o direito estrangeiro e as decisões de cortes estrangeiras, ainda que não vinculem a Suprema Corte americana, podem servir como exemplos de "seres humanos agindo como juízes tratando de um problema jurídico, frequentemente semelhante a problemas que surgem aqui [nos Estados Unidos], que envolvem a aplicação de um texto legal, frequentemente semelhante ao texto da nossa Constituição, procurando proteger certos direitos fundamentais, frequentemente semelhantes aos direitos que a nossa própria Constituição busca proteger"[42].

A questão da relação entre direito internacional e a esfera nacional gerou um debate concreto nos próprios Estados, em especial no âmbito das cortes constitucionais. Se os Estados Unidos e os países europeus são exemplos de pólos opostos no espectro de interação por meio do direito internacional, essa mesma dicotomia se reflete nas soluções dadas por suas respectivas cortes domésticas para as questões relacionadas ao papel do direito internacional no ordenamento jurídico nacional.

Na Alemanha, a interação da corte constitucional com o regime jurídico internacional ocorre principalmente no âmbito da União Europeia e da Convenção Europeia de Direitos Humanos, cada qual tendo estabelecido seus respectivos órgãos adjudicatórios. Um dos casos

---

[40] N. DOREN. A conversation between U.S. Supreme Court Justices. Oxford University Press e New York University School of Law. *International Journal of Constitutional Law*, Vol 3, n. 4, 2005.
[41] V. JACKSON. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009. p. 17.
[42] N. DOREN. A conversation between U.S. Supreme Court Justices. Oxford University Press e New York University School of Law. *International Journal of Constitutional Law*, Vol 3, n. 4, 2005,p. 523.

paradigmáticos a esse respeito foi a decisão da corte em 1974 no *Internationale Handelsgesellschaft*, freqüentemente referido como "*Solange I*", afirmando que a proteções de direitos fundamentais da Comunidade Europeia eram menos abrangentes que as garantias da constituição alemã. A corte afirmou, ainda, que *enquanto* essa situação permanecesse, as garantias fundamentais da constituição alemã prevaleceriam sobre as normas comunitárias[43]. É justamente deste ponto da *ratio decidenci* da decisão que surgiu o nome "*Solange*", palavra que significa "enquanto" em alemão e consta no início da decisão.

Em uma segunda decisão paradigmática, comumente referida na doutrina como "*Solange II*", em 1979, a Corte Constitucional alemã afirmou no caso *Wünsche Handelsgesellschaft* que a proteção comunitária de direitos fundamentais havia se desenvolvido de maneira a equiparar-se aos padrões da constituição alemã[44]. A corte reafirmou esse entendimento em 1993, na decisão do caso *Brunner x. European Union Treaty*, comumente referida como *Maastricht Decision*[45].

Destaca-se ainda, entre as decisões da corte constitucional alemã que foram identificadas até o momento, o caso *Görgülu*, em que a corte decidiu que as decisões da Corte Européia de Direitos Humanos não vinculam os tribunais alemães, mas que, embora não haja vinculação formal estrita, desconsiderar as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos não seria compatível com a proteção dos direitos humanos e com o próprio Estado de Direito[46].

Como já mencionado, se a Europa é provavelmente o caso em que o nível de integração entre o nacional e o internacional é o mais intenso, os Estados Unidos frequentemente são utilizados como exemplo no sentido oposto. O "excepcionalismo americano" pauta boa parte da relação ambivalente que o país mantém com a comunidade internacional e mais especificamente com o direito internacional. A ideia de que a história e

---

[43] D. GRIMM. *The European Court of Justice and National Courts: the German Constitutional perspective after the Maastricht Decision*. *Columbia Journal of International Law*, 1997. p. 231.
[44] Idem, ibidem.
[45] Idem, ibidem
[46] V. A. DA SILVA. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: A. VON BOGDANDY, F. PIOVESAN E M. M. ANTONIAZZI (orgs.) *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p. 521.

experiência política dos Estados Unidos eram únicas e completamente distintas de qualquer outro país já estava presente na obra de Tocqueville[47], e povoa a produção acadêmica, em especial no campo do direito, até os dias de hoje. Os Estados Unidos buscou uma posição de liderança na promoção, no resto do mundo, de valores democráticos e de proteção dos direitos humanos e, no entanto, se recusa a participar de grande parte dos acordos internacionais sobre direitos humanos, além de cometer uma série de violações ao direito internacional na sua própria política externa[48]. Promoveu e envolveu-se na negociação de uma série de tratados internacionais relevantes, como a Convenção do Mar, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e o Estatuto de Roma, e mesmo nesses casos recusou-se a os ratificar[49]. Ainda que existam autores que rejeitem a ideia de que os Estados Unidos comportam-se, em relação ao direito internacional, de maneira tão diferente de outros países[50], algumas das posições adotadas pelas cortes americanas em relação às normas de direito internacional merecem destaque.

O posicionamento americano em relação ao direito internacional tem reflexos nas decisões de suas cortes domésticas[51]. Entre os temas de maior relevância no judiciário americano relativos ao direito internacional estão a auto-executabilidade dos tratados internacionais[52], a sua relação com decisões de tribunais internacionais e a utilização de leis e precedentes que não integram o ordenamento jurídico americano. Nessa última categoria

---

[47] E. POSNER E A. BRADFORD, Universal Exceptionalism in Internacional Law. *Harvard International Law Journal*, vol 52, n. 1, 2011, p. 4

[48] Idem, pp. 3-4

[49] Idem, p. 4

[50] S. SAFRIN. The Un-Exceptionalism of U.S. Execeptionalism. *Vandderbilt Journal of Transnational Law*, vol 41, 2008, p. 1307.

[51] M. SHAW. International Law. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2003: "It has been noted that the political and judicial organs of the United States have the power to ignore international law, where this occures pursuant to a statute or 'controlling executive act'. This has occasioned much controversy, as has the general relationhsip between custom and inconsistent pre-existing statutes." (p. 144).

[52] Idem, "American doctrines as to the understanding of treaty law are founded upon the distinction between 'self-executing' and 'non-self-executing' treaties. The former are able to operate automatically within the domestic sphere, without the need for any municipal legislation, while the latter require enabling acts before they can function inside a country and bind the American courts. Self-executing treaties apply directly within the Unites States as part of the supreme law of the land, whereas those conventions deemed not self-executing are obliged to undergo a legislative transformation and, until they do so, they cannot be regarded as legally enforceable against American citizens and or institutions.

But how does one know when an international agreement falls into one category or the other? This matter has absorbed the courts of the United States for many years, and the distinction appears to have been made upon the basis of political content. In other words, where a treaty involves political questions of definition and exposition, then the issue should be left to the legislative organs of the nation, rather than automatic operation" (p. 148).

incluem-se as referências a tratados internacionais não assinados pelos estados unidos e as decisões de tribunais estrangeiros ou cortes internacionais. Predomina na Suprema Corte americana grande preocupação com a defesa da soberania nacional, com a não interferência dos tratados internacionais nas questões domésticas e com a separação dos poderes (conforme a posição de Antonin Scalia, descrita acima), os Estados Unidos resistem a serem parte de diversos tratados que foram e são negociados no cenário internacional[53] e até a se submeterem, no âmbito doméstico, às normas de direito internacional e à jurisdição de tribunais internacionais com os quais manifestaram o seu consentimento.

Nesse sentido, destaca-se, a título exemplificativo, que em 2008 a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu a respeito dos efeitos que deveriam ser dados a uma decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Medellin v. Dretke*[54]. Medellin, um cidadão mexicano, foi condenado à pena de morte por uma corte no Texas, apesar de ter interposto diversos recursos e alegado que haviam sido violados os seus direitos a proteção consular nos termos da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963. No entanto, a *Fifth Court of Appeals* decidiu que a referida convenção não estabelecia direitos individuais que poderiam ser exigidos diretamente por Medellin.

Paralelamente, a Corte Internacional de Justiça julgou o caso *Avena and Other Mexican Nationals*, em que o México alegava que os Estados Unidos teriam violado obrigações estabelecidas pelo art. 36 (1)[55] da Convenção de Viena sobre Relações Consulares

---

[53] G. NEWMAN. The Uses of International Law in Constitutional Interpretation. *The American Journal of International Law*, Vol 98, No.1, Jan. 2004, p. 86. "Turning to the institutional aspect, the less intense engagement of the United States in the international human rights regime currently results in fewer institutional benefits from coordination. The United States does not participate in a process of regional integration and harmonization like the European Union. Nor has it submitted to a regional human rights regime with an international court authorized to issue binding decisions like the European Court of Human Rights (in particular, the United States has not ratified the American Convention on Human Rights, and has not consented to the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights). The United States has ratified some global human rights treaties with treaty bodies that are not authorized to issue binding decisions, and even then it has not agreed to the procedures that enable individuals to file petitions. For several human rights treaties, the United States has accompanied its ratification with a declaration of non-self-executing character, thereby limiting the role of the domestic courts in treaty enforcement. As a result of this limited participation, U.S. courts can contribute less to human rights enforcement, and international tribunals have less ability to bolster the enforcement of U.S. constitutional rights. Unlike European courts, the U.S. Supreme Court rarely sees a definitive interpretation of a human rights treaty that the country has ratified, and rarely faces the possibility."

[54] Medellín v. Texas, 552 U.S. (2008) (No. 06-984).

[55] "Article 36- Communication and contact with nationals of the sending State

ao prender, julgar e condenar 52 cidadãos mexicanos, incluindo Medellin, sem informá-los de seus direitos a notificação e acesso consular e ao impedir o exercício, pelo México, do seu direito de fornecer proteção consular aos seus nacionais. Em marco de 2004, a Corte Internacional de Justiça decidiu que os Estados Unidos violou as disposições da Convenção de Viena sobre Relações Consulares e que as condenações e sentenças deveriam ser revistas e reconsideradas. Medellin apelou então para a Suprema Corte, que, por sua vez, decidiu que o art. 94 da Carta da ONU, que impõe aos países membros a obrigação de cumprir as decisões da Corte Internacional de Justiça, não era auto-executável e, portanto, não gerava obrigações no âmbito doméstico, dentro dos Estados Unidos[56].

Independentemente das soluções específicas adotadas em diferentes países, o fato é que as mudanças ocorridas no direito internacional têm levado à globalização do direito constitucional, como explica Marcelo Neves:

> "O fato é que, mais recentemente, com a maior integração da sociedade mundial, esses problemas tornaram-se insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal no âmbito do respectivo território. Cada vez mais, problemas de direitos humanos ou fundamentais tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para a sua solução. Isso implica uma relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns.[57]"

Como se vê, a interação entre direito internacional e ordem interna, por meio das cortes constitucionais, é um fenômeno que atualmente afeta diversos países. As possibilidades de resposta às possíveis tensões entre a ordem internacional e a doméstica são variadas. São

---

1.With a view to facilitating the exercise of consular functions relating to nationals of the sending State:
(a) consular officers shall be free to communicate with nationals of the sending State and to have access to them. Nationals of the sending State shall have the same freedom with respect to communication with and access to consular officers of the sending State;
(b) if he so requests, the competent authorities of the receiving State shall, without delay, inform the consular post of the sending State if, within its consular district, a national of that State is arrested or committed to prison or to custody pending trial or is detained in any other manner. Any communication addressed to the consular post by the person arrested, in prison, custody or detention shall be forwarded by the said authorities without delay. The said authorities shall inform the person concerned without delay of his rights under this subparagraph;"

[56] D. SLOSS. United States. In David Sloss (ed.) *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement – a Comparative Study*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009. p. 512.

[57] M. NEVES. *Transconstitucionalismo,* São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. xxi.

diversos também os problemas que podem surgir em decorrência dessa tensão. As cortes domésticas (e as cortes constitucionais em especial) veem-se diante de novos desafios no âmbito da hierarquia entre normas de direito interno e diplomas normativos internacionais, como o uso de precedentes de cortes e tribunais internacionais, os efeitos que suas decisões podem ter para a responsabilização do Estado na esfera internacional e a aplicação de normas peremptórias de direito internacional, independentemente de terem manifestado seus consentimento à sua adoção. Como se verá a seguir, o Brasil também tem sido afetado por essas transformações.

3. O CASO BRASILEIRO: DE ONDE VIEMOS

O objetivo do presente capítulo é apresentar o contexto dogmático e normativo em que foram proferidas as decisões que se pretende analisar com mais profundidade nos próximos capítulos. Em outras palavras, pretende-se aqui esclarecer a direção e as peculiaridades dos rumos que o debate jurídico-dogmático no Supremo Tribunal Federal tomou no período que antecede as decisões que são o principal foco desta pesquisa. Este passo é necessário para que se possa compreender que tipo de mudança as novas decisões representam, ao mesmo tempo em que o debate atual utiliza-se de conceitos e ideias que povoavam a jurisprudência do tribunal há muitas décadas.

Para tanto, começo com a evolução do quadro normativo constitucional brasileiro no que diz respeito ao direito internacional[58]. Como se verá a seguir, as constituições brasileiras trataram do direito internacional apenas em raras ocasiões, e em geral se ocupam tão somente da forma de introdução dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro

Em seguida, analiso a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre assunto no período anterior à Constituição de 1988. Grande parte da doutrina e o próprio tribunal consideram que a sua jurisprudência até a década de 1970 afirmava a primazia do direito internacional sobre o direito interno. Em 1977, ano em que foi decidido o Recurso Extraordinário nº 80.004, o tribunal teria abandonado essa posição "monista", dando aos tratados o mesmo *status* hierárquico que as leis internas, e portanto sujeitando os instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil a revogação por lei ordinária posterior. Outros autores afirmam que os casos comumente entendidos como representando esse período de favorecimento do direito internacional tinham muitas peculiaridades, e que a decisão tomada no Recurso Extraordinário nº 80.004 não foi uma quebra com o que vinha sendo decidido até

[58] Cumpre aqui fazer uma observação sobre o escopo da análise. Parte da discussão a respeito do regime constitucional do direito internacional está focada na possibilidade de o Poder Executivo celebrar compromissos no âmbito internacional sem necessidade de posterior aprovação pelo Poder Legislativo. Tais atos são comumente chamados "acordos executivos", e sua ampla utilização nos Estados Unidos é notória. No Brasil, a sua utilização é muito menos frequente, e o debate doutrinário mais escasso (*Ver, e.g.,* F. REZEK. *Direito dos Tratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 295 -325). Em todo caso, os acordos executivos não têm relevância para o presente trabalho, já que o foco da pesquisa está em normas de direito internacional estabelecidas em tratados ou decorrentes de decisões de órgãos adjudicatórios estabelecidos também por tratado.

então. Como se verá a seguir, ambas as correntes têm um pouco de razão: o tipo de casos que o Supremo Tribunal Federal enfrentou no período anterior à 1977 possuem muitas peculiaridades que os diferenciam do Recurso Extraordinário nº 80.004 e dos casos que o seguem. No entanto, esses casos se baseiam em formulações gerais sobre relação entre normas de direito internacional e normas de direito interno completamente distintas das adotadas pelo Supremo Tribunal Federal de 1977 até hoje. Por isso, a análise deste caso paradigmático é imprescindível, e constitui parte significativa deste capítulo.

Por sua vez, a Constituição de 1988 trouxe uma série de novos dispositivos que tratam, direta ou indiretamente, do direito internacional. Uma parte deles foi herança quase literal da constituições anteriores. Assim, analisarei brevemente os dispositivos constitucionais que tratam de direito internacional nas constituições brasileiras e a forma como foram interpretados pela doutrina brasileira. Passarei em seguida ao estudo da Constituição de 1988 Ao mesmo tempo em que, em alguns aspectos, a redação da Constituição de 1988 manteve formulações que já vinham sendo utilizadas há décadas no Brasil, também foi muito inovadora em outra parte dos seus dispositivos constitucionais: o § 2º do art. 5º (que dispõe o seguinte: "[o] s 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") e o parágrafo único do art. 4º ("[a] República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações"). A interpretação de um desses dispositivos, o § 2º do art. 5º gerou muita polêmica, especialmente no que diz respeito à posição hierárquica dos tratados de direitos humanos.. Como explicado na seção 4.1 abaixo, a decisão a respeito da prisão do depositário infiel, em 2008, discutiu as implicações deste dispositivo.

Naturalmente, a análise da evolução do texto constitucional e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não poderia deixar de considerar as mudanças de ocorreram, em paralelo, no próprio direito internacional. Assim, abordo brevemente a expansão do direito internacional no caso brasileiro, através dos tratados que foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

Em razão do crescimento da relevância das normas de direito internacional (e em especial à grande importância que o regime internacional de direitos humanos toma no cenário mundial) e às controvérsias doutrinarias a respeito do significado do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, foi promulgada em 30 de dezembro de 2004 a Emenda Constitucional nº 45. Nova polêmica surge a respeito do significado do § 3º do art. 5º, inserido por esta Emenda, que dá *status* constitucional aos tratados de direitos humanos aprovados com quórum de emenda constitucional. Além disso, foi introduzido o § 4º do mesmo artigo, que pela primeira vez na história das constituições brasileiras expressa a submissão do país a um tribunal internacional: o Tribunal Penal Internacional.

Esses são os principais fatores que se pretende analisar neste capítulo, e que fornecem o subsídio necessário para compreender o contexto dogmático em que foram proferidas as decisões analisadas nos capítulos a seguir.

3.1. Direito internacional nas Constituições brasileiras: 1824 a 1967

Na história das constituições brasileiras, três questões mostraram-se particularmente relevantes para a relação do direito internacional com o direito interno aqui discutida e, em especial, com o Supremo Tribunal Federal. A primeira questão diz respeito à celebração e entrada em vigor dos tratados internacionais. A segunda está relacionada à competência do Judiciário para tratar de questões envolvendo direito internacional, e mais especificamente as regras de competência do Supremo Tribunal. A terceira questão é mais ampla: trata dos dispositivos que de alguma forma reconhecem a importância da comunidade internacional e do conjunto de regras por ela criado, afirmando como valor constitucional a cooperação entre os povos, a resolução pacífica de controvérsias entre países, ou até mesmo o respeito a determinadas regras de direito internacional. Outras questões relacionadas ao direito internacional também podem estar expressas no texto constitucional, como as que regulam a guerra e as regras sobre competência para julgar, a título originário, as causas de alguma forma ligadas ao direito internacional, como as que se fundamentam em norma de direito

internacional ou as que tem como parte Estado estrangeiro. Essas últimas, contudo, não são objeto desta pesquisa.

A *Constituição Política do Império do Brazil,* de 1824, já previa a execução de tratados como uma das atribuições do imperador[59]. Por sua vez, a primeira constituição republicana, de 1891, estabeleceu os princípios sobre execução de tratados internacionais que estariam presentes em todas as constituições subsequentes: ao Presidente cabia a celebração de tratados[60], e ao Congresso cabia "resolver definitivamente" sobre eles[61]. A lógica da mudança está relacionada à discussão da natureza dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro, como explica Carlos Maximiliano Pereira dos Santos:

> "Um tratado póde envolver perda, acquisição ou troca de territorio, compromissos de sangue e de dinheiro, questões que interessem á prosperidade, á honra e á vida de um povo. Deve ficar sob a responsabilidade do Chefe de Estado, porém sujeito ao referendum parlamentar.
>
> Nalguns paizes as convenções internacionaes não dependem da approvação do Congresso; noutros, como os Estados Unidos, só o Senado se pronuncia; o Brasil acompanhou a maioria, e ainda exigiu que a camara alta ratificasse a nomeação que o acceitou, **o tratado é uma verdadeira lei; obriga a todos, precisa ser integralmente cumprido. Logo é justo que o homologuem os poderes competentes para legislar**."[62] (destaques nossos)

---

[59] Constituição Brasileira de 1824, Artigo 102: "O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado. São suas principaes atribuições: [...]
VIII. Fazer Tratados de Alliança offensiva, e defensiva, de Subsidio, e Commercio, levando-os depois de concluidos ao conhecimento da Assembléa Geral, quando o interesse, e segurança do Estado permittirem. Se os Tratados concluidos em tempo de paz envolverem cessão, ou troca de Torritorio do Imperio, ou de Possessões, a que o Imperio tenha direito, não serão ratificados, sem terem sido approvados pela Assembléa Geral."

[60] Constituição brasileira de 1891, Artigo 48: "Compete privativamente ao Presidente da República: [...]16º) entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre ad referendum do Congresso, e aprovar os que os Estados, celebrarem na conformidade do art. 65, submetendo-os, quando cumprir, à autoridade do Congresso."

[61] Constituição brasileira de 1891, Artigo 34: "Compete privativamente ao Congresso Nacional: […]12º)resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras;"

[62] C. M. P. DOS SANTOS. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005. p. 359. Nesse sentido, ver também J. B. U. CAVALCANTI. *Constituição Federal Brasileira (1891)*: comentada. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002. "Mas os tratados são uma troca de concessões e estabelecem reciprocidade de obrigações; ora, não é da alçada do poder executivo empenhar motu proprio a responsabilidade da nação, crear-lhe compromissos, obrigal-a, ainda que em permuta de vantagens, a onus e encargos. Por isso ficou reservada ao congresso nacional a ratificação dos ajustes, convenções e tratados feitos pelo presidente da Republica o que redunda em corretivo e garantia contra possiveis abusos, contra a má compehensão e compromettimento dos altos interesses nacionaes. Nos Estados Unidos Norte-Americanos a

A fórmula genérica estabelecida pela Constituição de 1891 levanta uma série de questões a respeito da dinâmica para aprovação de um tratado assinado pelo o Brasil e para que o diploma normativo internacional passe ou pare de ter vigência. Duas dessas questões parecem ter especial relevância para a doutrina: requisitos para que entre em vigor um tratado internacional já aprovado pelo Congresso e, uma vez tendo entrado em vigor, o procedimento para que um tratado internacional saia do ordenamento jurídico brasileiro. Nenhuma dessas questões foi abordada expressamente pelas constituições brasileiras, que, conforme já dito, mantiveram, em linhas gerais, a regra estabelecida em 1891. Cumpre apresentar brevemente estas duas questões, já que ambas foram tratadas direta ou indiretamente pelo Supremo Tribunal Federal, como se verá abaixo. Ademais, ainda que pareçam pequenas e técnicas, o pano de fundo para a discussão dessas questões é a separação de poderes, nesse caso entre Executivo e Legislativo, no que diz respeito ao direito internacional.

Muitos são os doutrinadores que defendem que, uma vez aprovado o tratado pelo Congresso, é prerrogativa do Executivo a efetiva ratificação do instrumento, e a promulgação de decreto presidencial. Assim, temos dois passos: primeiro, após a aprovação pelo Congresso Nacional, a doutrina brasileira majoritária entende que é prerrogativa do Executivo a ratificação do tratado. Nesse sentido, manifesta-se Francisco Rezek:

> "A perspectiva, aberta ao chefe do governo, de não vir a ratificar o tratado aprovado pelo Congresso, torna lógica a simultaneidade de eventual exame parlamentar e prosseguimento de estudos no interior do governo."[63]

A esse respeito, destaca-se que é comum que se utilize equivocadamente o termo ratificação para se referir ao ato de aprovação pelo Congresso. A ratificação, no entanto, é ato

---

approvação dos tratados é só por acto do senado, ao que entendeo-se não dever associar a outra camara legislativa, attendendo-se á sua composição numerosa e sujeita a continuas flutuações [...]. Mas, si isto é mais pratico e dá mais celeridade ao acto de approvação, é innegavel que o expediente adoptado pela Const. Brazileira, seguindo nisso a argentina (art. 67 n. 19), obedeve mais compeltamente o principio representativo democratico, e fazendo o negocio passar por mais um cadinho, visa apural-o melhor" (p. 110).

[63] F. REZEK. *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Forense. p. 327.

do Poder Executivo, posterior à aprovação legislativa[64]. Além da ratificação, para que o tratado entrasse em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, seria necessário, segundo o Supremo Tribunal Federal, que fosse promulgado decreto presidencial[65]. Essa foi a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal na Carta Rogatória no 8.279, julgada em 4 de maio de 1998. José Carlos Magalhães é um dos principais autores que se manifesta no sentido contrário, argumentando que a Constituição não exige a promulgação de decreto presidencial[66].

Enquanto a questão relatada acima diz respeito a entrada em vigor dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte, a segunda questão está no extremo oposto do ciclo de vida de um tratado internacional: diz respeito ao momento a partir do qual o tratado deixa de ter vigência no país. A questão colocou-se ao Brasil em 1926, quando o Executivo decidiu que o país se desligaria da Sociedade das Nações. Clóvis Bevilaqua, na qualidade de consultor do Itamaraty, elaborou parecer sobre o assunto, concluindo o seguinte:

> "Em face da Constituição Federal pode o Poder Executivo, sem ouvir o Congresso Nacional, desligar o país das obrigações de um tratado, que, no seu texto estabeleça as condições e o modo da denúncia, como é o caso do Pacto da Sociedade das Nações, art. 1º, última parte. Essa proposição parece evidente, por si mesma. Se há no tratado uma cláusula, prevendo e regulando a denúncia, quando o Congresso aprova o tratado, aprova o modo de ser o mesmo denunciado; portanto, pondo em prática essa cláusula, o Poder Executivo apenas exerce um direito que se acha declarado no texto aprovado pelo Congresso. O ato da denúncia é meramente administrativo. A denúncia do tratado é modo de executá-lo, porquanto numa de suas cláusulas se acha consignado o direito de o dar por extinto [...]"[67].

---

[64] *Ver* F. REZEK. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense 1984: "não se pode entender a ratificação senão como *ato internacional* e como *ato de governo*. Este, o poder Executivo, titular que costuma ser da dinâmica das relações exteriores de todo Estado, aparece como idôneo para ratificar – o que no léxico significa *confirmar* -, perante outras pessoas jurídicas de Direito das Gentes, aquilo que ele próprio, ao término da fase negocial, deixara pendente de confirmação, ou seja, o seu consentimento em obrigar-se pelo pacto. Parlamentos nacionais não ratificam tratados, primeiro porque não têm a voz exterior, e segundo porque, justamente à conta de sua inabilidade para a comunicação direta com Estados estrangeiros, nada lhes terão prenunciado antes, por assinatura ou ato equivalente, que possam mais tarde confirmar pela ratificação." (p. 264-254)

[65] Carta Rogatória no 8.279, julgada em 4 de maio de 1998.

[66] J. C. DE MAGALHAES. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000 p. 73.

[67] Pareceres, II, p. 347 e ss. Apud F. REZEK. *Direito Internacional Público*: Curso Elementar, 10a Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 110-111.

A tese de Bevilaqua, no entanto, foi duramente criticada à época. Pontes de Miranda resume bem o debate:

> "Pode o Presidente da República, só, *denunciar* os tratados, convenções ou acordos que já foram aprovados pelo Poder Legislativo? Respondeu afirmativamente Clóvis Beviláqua (*Jornal do Comércio,* 9 de julho de 1926), mas sem razão. Entendia êle que a regra jurídica constitucional não se referiu à *denúncia*. Não está certo: aprovar tratado convenção ou acordo, permitindo que o Poder Executivo o denuncie, sem consulta, nem aprovação, é subversivo dos princípios constitucionais."[68]

No entanto, prevaleceu, se não perante a doutrina, na prática da diplomacia brasileira, a tese de que os tratados poderiam ser denunciados por ato unilateral do Executivo – não prevaleceram, no entanto, as razões apresentadas por Bevilaqua. A doutrina brasileira hoje argumenta que a "comunhão de vontades entre governo e parlamento [é] necessária para obrigar o Estado" e "as vontades reunidas do governo e do parlamento presumem-se firmes e inalteradas, desde o instante da celebração do tratado, e ao longo de sua vigência pelo tempo afora, como dois pilares de sustentação da vontade nacional" [69]. Uma vez extinta a vontade de um dos dois poderes, cabível a denúncia do tratado.

Abordadas as principais questões que dizem respeito à celebração e entrada em vigor dos tratados internacionais, passamos às outras disposições constitucionais de relevância para o direito internacional. A Carta de 1891, na sua redação original, previa também recurso ao Supremo Tribunal Federal contra as sentenças dos tribunais estaduais "quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela"[70]. O dispositivo era bastante amplo e colocava o tratado e a lei em pé de igualdade para fins de fundamentação para a interposição do recurso. Não se está a dizer que a Constituição de 1891 reconhecia a igualdade entre lei federal e tratado para fins de hierarquia

---

[68] F. P. DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967, Tomo III, p. 107.

[69] F. REZEK. *Direito Internacional Público*: Curso Elementar, 10a Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 112. Cumpre destacar que, para o autor, isto se aplica apenas aos tratados "denunciáveis": "Fundo-me num argumento diverso daqueles que inspiraram o parecer de Bevilaqua, em face do qual é de todo indiferente que o tratado disponha ou não sobre a perspectiva de sua própria denúncia. Tudo quanto importa é que o tratado seja validamente denunciável: se não o é, por sua natureza, ou por impedimento cronológico, não há cogitar de denúncia lícita, e, pois, de quem seria competente, segundo o direito interno de uma das partes, para decidir a respeito." (pp. 111-112)

[70] Constituição brasileira de 1891, Artigo 59.

normativa, mas apenas que ambos os instrumentos jurídicos poderiam basear recurso diante do Supremo Tribunal Federal. Na verdade, a referência, no texto constitucional, a lei e tratado no mesmo dispositivo que trata da competência do Supremo repetiu-se em quase todas as constituições seguintes, e as implicações dessa redação para a hierarquia de normas foi debatida no Supremo Tribunal Federal em diversas ocasiões[71].

No entanto, conforme se verá a seguir, as constituições brasileiras até 1967 foram gradativamente restringindo as possibilidades de levar ao tribunal controvérsia baseada em tratado. A Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926 modificou os dispositivos da Constituição de 1891 referentes ao recurso ao Supremo Tribunal Federal, excluindo a referência a tratados[72]. Em seu lugar, a emenda incluiu a possibilidade de recurso contra sentença dos tribunais estaduais nos casos em que "se tratar de questões de direito criminal ou civil internacional"[73].

As constituições de 1934 e 1937 adotaram redação semelhante à de 1891 em relação à execução de tratados[74]. Destaca-se, no entanto, que ao invés de repetir a redação do Artigo 48, 16º inciso, da Carta de 1891 sobre a competência do Presidente para celebrar tratados

---

[71] Recurso Extraordinário no 71.154, Relator Ministro Oswaldo Trigueiro, julgado em 27 de Agosto de 1971.

[72] Constituição brasileira de 1891, Artigo 60: "§ 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:
a) quando se questionar sobre a vigencia ou a validade das leis federaes em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar applicação;"

[73] Constituição brasileira de 1891, Artigo 60, § 1º, d).

[74] Constituição brasileira de 1934:
"Artigo 5º - Compete privativamente à União:
I - manter relações com os Estados estrangeiros, nomear os membros do corpo diplomático e consular, e celebrar tratados e convenções internacionais;"
"Artigo 40 - É da competência exclusiva do Poder Legislativo:
a) resolver definitivamente sobre tratados e convenções com as nações estrangeiras, celebrados pelo Presidente da República, inclusive os relativos à paz;"
"Artigo 56 - Compete privativamente ao Presidente da República:
§ 6º) celebrar convenções e tratados internacionais, ad referendum do Poder Legislativo;"
Constituição brasileira de 1937:
"Artigo 15 - Compete privativamente à União:
I - manter relações com os Estados estrangeiros, nomear os membros do Corpo Diplomático e Consular, celebrar tratados e convenções internacionais;"
"Artigo 54 - Terá inicio no Conselho Federal [uma das duas Câmaras que compunha o Parlamento nacional, juntamente com a Câmara dos Deputados] a discussão e votação dos projetos de lei sobre:
a) tratados e convenções internacionais;
"Artigo 74 - Compete privativamente ao Presidente da República:
d) celebrar convenções e tratados internacionais ad referendum do Poder Legislativo;" (com a Lei Constitucional 9 de 1945, o dispositivo passou a ser o inciso f) do mesmo artigo, sem alteração na redação).

("Compete privativamente ao Presidente da República: [...] celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre ad referendum do Congresso [...]"), a Constituição de 1934 omitiu a palavra "sempre" e afirmou a competência do Presidente para "celebrar convenções e tratados internacionais, ad referendum do Poder Legislativo"[75]. Essa diferença gerou algum debate sobre a possibilidade de o executivo comprometer-se no âmbito internacional sem o consentimento dos Estados, ainda que a maior parte da doutrina adotasse o entendimento contrário[76].

Ademais, ao definir a competência da Corte Suprema, a Constituição da República Nova, de 1934, excluiu a referência a "questões de direito criminal ou civil internacional"[77] e criou o recurso extraordinário, cabível, entre outra hipóteses, "quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado"[78]. As hipóteses de recurso extraordinário por questionamento de vigência ou validade de um dispositivo em face da Constituição, contestação da validade de dispositivo normativo ou divergência de interpretação entre os Tribunais de Apelação de Estados ou entre um destes e o Supremo Tribunal Federal não podiam ser utilizadas em relação a tratados internacionais. A Carta de 1934 afirmava ainda que o Brasil só poderia declarar guerra "se não couber ou malograr-se o recurso do arbitramento" e proibia a guerra de conquista[79].

A constituição de 1937, implementada com a ditadura do Estado Novo, continha redação quase idêntica à de 1934 no que diz respeito ao recurso extraordinário, estabelecendo a mesma regra em relação aos tratados internacionais: cabia recurso apenas contra decisões que contrariavam às suas disposições literais. A Carta de 1934 afirmava ainda que "Os Estados têm a obrigação de providenciar, na esfera da sua competência, as medidas necessárias à execução dos tratados comerciais concluídos pela União"[80], e dava ao presidente a faculdade de determinar a entrada em vigor provisório de um tratado antes da aprovação

---

[75] Constituição de 1934, Artigo 56.
[76] F. REZEK. *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 294, parágrafo 253.
[77] Destaca-se, no entanto, que as "questões de Direito Internacional Privado ou Penal" figuraram expressamente como parte da competência dos juízes federais (Artigo 81, h).
[78] Constituição brasileira de 1934, Artigo 76, 2), III, a).
[79] Constituição brasileira de 1934, Artigo 4º.
[80] Constituição brasileira de 1937, Artigo 10.

pelo Parlamento[81]. O texto constitucional também reconhecia as regras de direito internacional sobre aquisição de território, afirmando no seu Artigo 4º: "O território federal compreende os territórios dos Estados e os diretamente administrados pela União, podendo acrescer com novos territórios que a ele venham a incorporar-se por aquisição, conforme as regras do direito internacional".

A Constituição de 1946 manteve as disposições relativas à execução de tratados internacionais[82] e ao recurso extraordinário[83]. Sua redação original incluía nova hipótese para interposição de recurso ordinário perante o Supremo Tribunal Federal, nas "causas decididas por Juízes locais, fundadas em, tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro, assim como as em que forem partes um Estado estrangeiro e pessoa domiciliada no País"[84]. Alguns dos casos mais antigos encontrados no sistema de busca do Supremo Tribunal Federal que discutem a aplicação de tratado são baseados nesse dispositivo[85].

---

[81] Constituição brasileira de 1937, Artigo 74. "Compete privativamente ao Presidente da República: […]
n) determinar que entrem provisoriamente em execução, antes de aprovados pelo Parlamento, os tratados ou convenções internacionais, se a isto o aconselharem os interesses do País" (com a Lei Constitucional 9 de 1945, o dispositivo passou a ser o inciso r) do mesmo artigo, sem alteração na redação).

[82] Constituição brasileira de 1946:
"Artigo 5º - Compete à União:
I - manter relações com os Estados estrangeiros e com eles celebrar tratados e convenções;"
"Artigo 66 - É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
I - resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebradas com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República;"
"Artigo 87 - Compete privativamente ao Presidente da República:
VII - celebrar tratados e convenções internacionais ad referendum do Congresso Nacional;"

[83] Constituição brasileira de 1946, Artigo 101: "Ao Supremo Tribunal Federal compete: […]
III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:
a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;
b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;
c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;
d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

[84] Constituição brasileira de 1946, Artigo 101, II, b).

[85] *Ver, e.g., Agravo de Petição em Mandado de Segurança nº 9.615,* julgado em 14 de maio de 1962, Relator Ministro Cândido Motta Filho, discutindo regras de fiscalização e fraude aduaneira (afirmou o Relator: "Conheço do recurso por tratar-se de sociedade estrangeira que invoca ao seu favor tratados internacionais dos quais participa o Brasil", p. 267). *Ver também* uma série de decisões referentes a interpretação de disposições estabelecendo isenção tributária em tratados internacionais: *Agravo de Instrumento nº 30.845,* 14 de julho de 1964, Relator Ministro Victor Nunes.

Essa possibilidade, no entanto, foi excluída pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Retomando a redação da Constituição de 1934, a Carta de 1946 proibia a guerra de conquista e estabelecia que o Brasil só poderia recorrer à guerra "se não couber ou se malograr o recurso ao arbitramento ou aos meios pacíficos de solução do conflito, regulados por órgão internacional de segurança, de que participe"[86].

A Constituição de 1967, que buscou institucionalizar o regime militar, ampliou as hipóteses de recurso extraordinário relacionadas a tratados internacionais, afirmando a sua utilização nos casos em que a decisão recorrida negava vigência a um tratado ou declarava a sua inconstitucionalidade[87]. O recurso extraordinário por divergência entre tribunais, no entanto, só estava previsto para os casos de interpretação de lei federal. Os tratados também não estavam previstos no caso de a decisão recorrida "julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal"[88]. Novamente, a constituição proibia a guerra de conquista[89] e continha disposição genérica sobre a resolução pacífica dos conflitos internacionais ("[o]s conflitos internacionais deverão ser resolvidos por negociações diretas, arbitragem e outros meios pacíficos, com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe"[90]), mas não condicionava a declaração de guerra à utilização de meios amigáveis de resolução de conflito.

Sobre os tratados internacionais, a Constituição de 1967 manteve a redação a respeito da competência do Presidente e do Congresso para, respectivamente, celebrar e aprovar definitivamente. A Emenda Constitucional nº 1 de 1969 ampliou a competência do Congresso para resolver definitivamente sobre "os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República"[91], enquanto que a Constituição de 1967 referia-se somente a tratados. O dispositivo que regulava competência do Presidente, por sua vez, deixou de referir-

[86] Constituição brasileira de 1946, Artigo 4º.
[87] Constituição brasileira de 1967, Artigo 114, III, a) e b). Esses dispositivos são equivalentes ao Artigo 119, III, a) e b) do texto da Emenda Constitucional de 1969.
[88] Constituição brasileira de 1967, Artigo 114, III.
[89] Constituição brasileira de 1967, Artigo 7º, Parágrafo único.
[90] Constituição brasileira de 1967, Artigo 7º.
[91] Constituição brasileira de 1967, redação dada pela Emenda Constitucional no. 1 de 1969, Artigo 44, I.

se somente a tratados e passou a outorgar o poder de celebrar "tratados, convenções e atos internacionais"[92].

3.2. Evolução da jurisprudência Supremo Tribunal Federal até 1988

Ao longo do século XX, o Supremo Tribunal Federal julgou uma série de casos relacionados ao direito internacional, cujo debate se refere às questões discutidas em sua jurisprudência recente. São duas as principais questões discutidas nos casos anteriores à Constituição de 1988: (i) a interação entre leis e tratados e (ii) a auto-executabilidade dos tratados internacionais. Essa seção relata decisões que a doutrina e o próprio Supremo Tribunal Federal têm considerado como definidoras dos contornos da relação entre direito interno e direito internacional. Vejamos como o Supremo Tribunal Federal construiu a sua jurisprudência a este respeito.

Até meados do século XX, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirmava a primazia do direito internacional em relação ao direito interno, como se verá adiante. A partir do final dos anos 1960, começa a consolidar-se no tribunal o entendimento de que a lei e o tratado tem posição hierárquica idêntica no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, cumpre ressaltar uma série de nuances dessa mudança, e em especial o tipo de argumento que fundamenta as decisões do tribunal. As fases desse processo de transformação poderiam ser divididas da seguinte maneira:

- *Primazia do direito internacional sobre o direito interno* (início do século a 1958): adoção da tese da primazia dos tratados internacionais sobre a lei interna. Destaca-se que todas as decisões pertencentes a este período, com exceção do Pedido de Extradição nº 7, discutem questões fiscais. Conforme explicado abaixo, não se pretende afirmar que a partir de 1958 o Supremo Tribunal Federal não mais adotava a tese da primazia do direito internacional. No entanto, como se verá a seguir, há discussão na doutrina a respeito do que representam as decisões tomadas depois dessa data.

[92] Constituição brasileira de 1967, redação dada pela Emenda Constitucional no. 1 de 1969, Artigo 81, X.

- *Peculiaridades da Súmula nº 88* (1958-1963): nesse período foram proferidas as decisões que basearam a edição da Súmula nº 88 do Supremo Tribunal Federal, cuja redação é a seguinte: "[é] válida a majoração da tarifa alfandegária, resultante da Lei 3.244, de 14.08.57, que modificou o acordo geral sobre tarifas aduaneiras e comércio (GATT), aprovado pela Lei 313, de 30.07.48". Ainda que a leitura da súmula possa ser, à primeira vista interpretada como reconhecimento de que os tratados poderiam ser revogados por meio de lei posterior, isto não ocorreu. Essas decisões são fundamentadas no fato de que a possibilidade de mudança na regulação estabelecida pelo tratado por meio de lei estava prevista no próprio diploma normativo internacional.
- *Reconhecimento da auto-executabilidade dos tratados internacionais* (1971): Julgado o Recurso Extraordinário nº 71.154, que afirmou ser desnecessária a promulgação de lei específica incorporando os dispositivos de um tratado. Por o caso versar sobre tratado que modificava regulação estabelecida por lei anterior, é controverso no doutrina se ele efetivamente afirma a primazia do direito internacional.
- *Paridade entre leis e tratados internacionais* (1968-1988): consolidação do entendimento segundo o qual tratados internacionais, uma vez aprovados pelo Congresso e ratificados, adquirem o mesmo *status* hierárquico que leis.

Primazia do direito internacional sobre o direito interno

São três os casos paradigmáticos comumente citados para afirmar que o Supremo Tribunal Federal adotou, até pelo menos o final da década de 1960, a primazia do direito internacional sobre o direito interno: o Pedido de Extradição nº 7, julgado em 1914, a Apelação Cível nº 7.872 e, principalmente, a Apelação Cível nº 9.587, de 1951[93]. No Pedido de Extradição nº 7, o tribunal declarou a vigência e aplicação de um tratado de extradição, apesar de haver sido promulgada lei posterior com disposições contrárias às do tratado, em

[93] Ver J. DOLINGER. *Direito Internacional Privado* – Parte Geral, 9a ed. São Paulo: Renovar 2008, pp. 107, 111; M. ARIOSI. *Conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas: o Judiciário Brasileiro e a Nova Ordem Internacional,* Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 165.

conhecido voto de Philadelfo de Azevedo. Na Apelação Cível nº 7.872, a corte brasileira afirmou a supremacia de tratado em relação a lei interna posterior. Na Apelação Cível nº 9.587, foi confirmada a possibilidade de tratado posterior revogar leis anteriores.

A Apelação Cível nº 7.872 discutia a isenção fiscal prevista em tratado comercial firmado entre Brasil e Uruguai, e a possibilidade de que lei posterior modificasse suas disposições. Prevaleceu no Supremo Tribunal Federal o entendimento apresentado por Philadelpho Azevedo:

> "Chegamos, assim, ao ponto nevrálgico da questão – a atuação do tratado como lei interna, no sistema de aplicação do direito no tempo, segundo o equilíbrio de normas, em regra afetadas as mais antigas pelas mais recentes. O Ministro Carlos Maximiliano [ilegível] a considerar o ato internacional de aplicação genérica no espaço alcançando até súditos de países a ele estranhos, quando tivera categoria de código, como conhecido pelo nome de Bustamante [...]. Haveria talvez um exagero, interessando antes, examinar em suas devidas proporções o problema do tratado no tempo, sendo claro que ele em princípio, alterou as leis anteriores, afastando sua incidência, nos casos especialmente regulados. A dificuldade está, porém no efeito inverso, último aspeto a que desejávamos atingir – **o tratado é revogado por leis ordinárias posteriores, ao menos nas hipóteses em que o seria uma outra lei? A equiparação absoluta entre a lei e o tratado conduziria a resposta afirmativa, mas evidente o desacerto de solução tão simplista, ante o caráter convencional do tratado, qualquer que seja a categoria atribuída às regras de direito internacional**." (destaques nossos)

Na Apelação Cível 9.587, discutia-se a cobrança de imposto sobre operações de importação de aparelhos radio-receptores e radio-transmissores dos Estados Unidos e da Inglaterra. A empresa que importou os produtos invocou o Tratado de Comércio entre Brasil e Estados Unidos, promulgado pelo Decreto nº 542, de 1935, e o Acordo Comercial Provisório firmado em 1936 entre Brasil e Inglaterra, para afirmar a inaplicabilidade da legislação que instituiu o imposto (Decreto-lei 7.404, de 1945). Os tratados previam aos seus signatários a obrigação de não elevar os impostos estabelecidos nas leis em vigor na data da assinatura do tratado. Apelou a União contra sentença que havia ordenando a devolução dos valores pagos

pela empresa importadora. A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal negou provimento a apelação, por votação unânime, em acórdão cuja ementa afirma:

> "Tratado internacional. **Sua força quanto às leis que regulam os casos nele estabelecidos. Só por leis que a ele se refiram expressamente, pode ser revogado.** Imposto. Como deve ser cobrado." (destaques nossos)

Destaca-se que a sentença apelada havia feito referência expressa à forma de denúncia do tratado, afirmando que "a simples promulgação de um decreto-lei sobre Imposto de Consumo não é meio hábil para a denúncia de um Tratado"[94]. Ainda que não tenha se pronunciado diretamente sobre a questão da denúncia (que se distingue da possibilidade de alteração, no ordenamento interno, de disposições estabelecidas por tratado), o relator do acórdão afirmou que a sentença "bem apreciou a hipótese dos fatos"[95]. Ademais, entendeu que "uma simples lei que dispõe sobre imposto de consumo não tem força para alterar os termos de um tratado internacional"[96].

Nesse período, foram proferidas outras decisões que, ainda que não tão frequentemente citadas, ilustram a lógica do Supremo Tribunal Federal ao lidar com tratados internacionais ratificados pelo Brasil: a Apelação Cível nº 8.332, de 1944 e Embargos na Apelação Cível 9.583. Na Apelação Cível nº 8.332, julgada em 7 de julho de 1944, os ministros do Supremo Tribunal Federal, apesar de não inovarem em relação ao que haviam afirmado os casos referidos acima, abordam expressamente a questão da ilicitude, no plano internacional, de eventual violação do tratado como um argumento para que prevalecesse o diploma normativo de direito internacional. Discutiam-se os dispositivos de isenção fiscal do Tratado de Comércio e Navegação firmado entre Brasil e Uruguai (celebrado em 1933 e aprovado pelo Congresso pelo Decreto nº 23.710, de 1934), em face da cobrança, pela União de taxa sobre importação de gado criada depois da ratificação do tratado. O relator do caso, Min. Waldemar Falcão, em voto vencido, entendeu pela legalidade da cobrança. Opondo-se ao relator, Orozimbo Nonato argumentou o seguinte:

---

[94] Apelação Cível 9.587, julgada em 21 de agosto de 1971, Relator Ministro Lafayette de Andrada. Trecho do voto do Rolator, p. 33.

[95] Apelação Cível 9.587, julgada em 21 de agosto de 1971, Relator Ministro Lafayette de Andrada, p. 34.

[96] Apelação Cível 9.587, julgada em 21 de agosto de 1971, Relator Ministro Lafayette de Andrada, pp. 36, 38.

> "Aqui, podia-se derivar a controvérsia para ponto tormentoso da doutrina: é o de saber se pode o Estado, vinculado por tratado, anular, em lei de âmbito territorial, as consequências desse tratado.
>
> Esse problema nos levaria a outro, ainda de mais vasto panorama: o primado do direito internacional.
>
> Todavia, fugindo às consequências doutrinarias desse segundo problema, parece-me que o Estado, vinculado por tratado, não pode editar lei alguma que contrariasse esse tratado. [...] **Isso quer dizer, porém, que o Estado, diante do tratado, não pode, em sua soberania, desvincular-se dele para o futuro? – Pode; mas de forma específica, que é a denúncia**."[97] (destaques nossos)

Diante de tal manifestação, o Min.Waldemar Falcão apressou-se em explicar que não estava a dizer que o Estado, ao legislar, não estaria vinculado ao tratado, mas que sua interpretação do tratado era de que a taxa em questão não estava incluída nas disposições sobre isenção[98].

Nos Embargos na Apelação Cível 9.583, julgados em 22 de junho de 1950, o tribunal afirmou que a interpretação de um tratado não podia ser limitada pela legislação nacional. Nesse caso, a União apresentou recursos contra beneficiários de isenção fiscal concedida por meio de tratado de comércio e navegação entre Brasil e Uruguai. O tratado estabelecia que a importação de determinados produtos seria feita "completamente livre de direitos aduaneiros". A União argumentava que a isenção só se aplicava aos direitos de importação para consumo, pois a expressão "direitos aduaneiros" estava assim definida por lei brasileira, e portanto não se aplicava a taxas, por falta de menção expressa no tratado. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, rejeitou o recurso, afirmando que "os tratados são interpretados de acordo com a sua própria finalidade, e não em conformidade com as disposições legais restritivas do país

---

[97] Voto do Min. Orisimbo Nonato, pp. 20-21.

[98] "Na hipótese vertente, o que me impressiou também muito é que tribute, historicamente, e ainda atualmente, tem uma finalidade específica: está vinculada a uma destinação que a de dar elementos para o Govêrno para attender a serviços de empréstimos destinados a melhoramentos de portos. Ora, diante dessa ordem de idéias, quer-me parecer que, quando o Governo brasileiro, no tratado internacional com o povo vizinho, proclamou essa isenção de tributos, referia-se, como era curial, aos impostos alfandegários propriamente dittos, aos direitos de importação; não se referia, certamente, à sobre taxa ou imposto estatuído em seu próprio diploma legal […] Não seria eu quem iria dizer que o Estado, na promulgação de novas leis, não estaria vinculado aos tratados anteriormente celebrados" (pp. 21-22).

contratante" e que "o tratado é lei especial, cuja aplicação não deve ficar subordinada à lei geral de cada país"[99]. Nesse período, o tribunal afirmou também que uma lei posterior só poderia derrogar tratado anterior se a ele fizesse referência expressa[100].

Peculiaridades da Súmula nº 88

A Súmula nº 88, emitida pelo Supremo Tribunal Federal em 1963, dizia o seguinte: "É válida a majoração de tarifa alfandegária, resultante da Lei 3244, de 14/8/1957, que modificou o Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT), aprovado pela Lei 313, de 30/7/1948". A partir da leitura de seu enunciado, a Súmula poderia ser compreendida como abandono da posição segundo a qual os tratados não poderiam ser modificados por lei. No entanto, os precedentes que conduziram ao entendimento manifestado na Súmula são claros em considerar que o próprio tratado previa a possibilidade de modificação[101].

Reconhecimento da auto-executabilidade dos tratados internacionais

Como se verá a seguir, tanto a decisão que afirmou a auto-executabilidade dos tratados internacionais quanto as que estabeleceram a paridade hierárquica entre lei e tratado foram baseadas nas Convenções de Genebra de 1930 (sobre letras de câmbio e notas promissórias) e 1931 (sobre cheques), promulgadas em 1966[102]. O Brasil tinha legislação ordinária anterior regulando as duas matérias: Decreto 2.044 de 1908, que regulava as letras de câmbio e notas promissórias, e a Lei nº 2.591 de 1912, que regulava o cheque. Colocou-se então a questão de saber se as convenções tinham aplicação direta no Brasil ou se seriam aplicáveis somente às relações cambiárias internacionais.

---

[99] Embargos na Apelação Cível 9.583, julgada em 22 de junho de 1950,voto do Ministro Revisor Ribeiro da Costa, citando no voto do Ministro Xavier de Albuerque na decisão embargada.
[100] Apelação Cível 9587, julgada em 21 de agosto de 1951, Relator Ministro Lafayette de Andrada.
[101] Recurso em Mandado de Segurança no 5798, julgado em 1 de setembro de 1958, Relator Ministro Luiz Galiotti: "Ora se depois o próprio GATT autorizou o Brasil a adotar e aplicar imediatamente a nova lei de tarifas, não vejo que dúvida se possa suspeitar quanto à vigência do novo diploma, com pretendido apoio no art. 66 no I da Constituição, invocada pela recorrente e que declara ser da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebrados com os Estados Estrangeiros pelo Presidente da República." No mesmo sentido, Agravo em Mandado de Segurança no 8.598, julgado em 11 de outubro de 1961, Relator Ministro Cândido Motta Filho; Recurso Ordinário e Agravo de Petição em Mandado de Segurança no 8902, julgados em 11 de outubro de 1961, Relator Ministro Ari Franco; e Recurso em Mandado de Segurança no 11.021, julgado em 22 de abril de 1963, Relator Ministro Victor Nunes Leal.
[102] Decreto n° 57.663/1966 e Decreto n° 57.595/1966.

Em 1971, o Supremo discutiu se tratados internacionais poderiam ser auto-executáveis (ou seja, se mesmo após a ratificação a sua aplicação dependeria de promulgação de lei ordinária incorporando as disposições do tratado ao ordenamento jurídico interno), no Recurso Extraordinário nº 71.154. Na decisão recorrida, o Tribunal de Justiça do Paraná afirmava que a Lei Uniforme estabelecida pela Convenção de Genebra de 1931 não era aplicável na ordem interna enquanto não fosse promulgada legislação ordinária, e portanto não afetava as disposições da lei brasileira sobre o cheque:

> "As convenções internacionais não têm o poder de modificar a legislação interna de cada nação participante.
>
> Os tratados, as convenções internacionais, não são auto-executáveis, dependendo, para que entrem no quadro da legislação interna, de lei elaborada pelo Congresso. Para vigorar no Brasil da Lei Uniforme de Genebra, há necessidade de uma nova lei cambial, em substituição ao Decreto n. 2.044, de 1908."[103]

O tribunal entendeu que uma vez aprovada a convenção pelo Congresso, suas normas tinham aplicação imediata, tendo em vista a competência do Congresso nacional para "resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebrados, com Estados estrangeiros, pelo Presidente da República". Nas palavras do Ministro Relator Oswaldo Trigueiro:

> "Os que entendem que essa incorporação depende ainda de legislação especial acentuam que, no sistema brasileiro, a lei só se revoga por outra lei, e que as nossas Constituições jamais consagraram norma pertinente à imediata eficácia dos tratados, celebrados pelo Brasil, quando colidentes com o direito interno.
>
> Para esse efeito, sem dúvida, inexiste regra constitucional expressa. Penso, todavia, que o princípio está implícito no contexto da lei maior.
>
> O art. 64, I, da Constituição de 1946 incluiu na competência exclusiva do Congresso nacional resolver definitivamente sobre os tratados e convenções

[103] Trecho da Ementa, citado no Recurso Extraordinário n° 71.154, julgado em 4 de agosto de 1971, Relator Ministro Oswaldo Trigueiro, pp. 1-2.

> celebrados, com Estados estrangeiros, pelo Presidente da República. O princípio foi reproduzido pela Constituição de 1967 (art. 47, I) e mantido pela vigente Emenda Constitucional nº 1 (art. 44, I).
>
> Não me parece curial que o Brasil firme um tratado, que esse tratado seja aprovado definitivamente pelo Congresso Nacional, que em seguida seja promulgado e, apesar de tudo isso, sua validade ainda fique dependendo de novo ato do Poder Legislativo. A prevalecer esse critério, o tratado, após a sua ratificação, vigoraria apenas no plano internacional, porém não no âmbito do direito interno, o que colocaria o Brasil na privilegiada posição de poder exigir a observância do pactuado pelas outras partes contratantes, sem ficar sujeito à obrigação recíproca."[104]

Além disso, a decisão baseou-se no fato de que a própria competência do Supremo Tribunal Federal inclui o julgamento, por recurso extraordinário, das decisões de tribunais inferiores que forem contrárias a dispositivo literal de tratado ou de lei federal, e, portanto, "se essa vigência [dos tratados internacionais] dependesse de lei, a referência a tratado, no dispositivo constitucional, seria de todo ociosa"[105].

A decisão tomada no Recurso Extraordinário nº 71.154 foi considerada pelo próprio tribunal, em decisões posteriores, como expoente da primazia do direito internacional sobre o direito interno:

> "A partir do julgamento, em Plenário, do RE 71.154, de que foi Relator o eminente Ministro Oswaldo Trigueiro (RTJ 58/70), o Supremo Tribunal vem decidindo reiteradamente que as Leis Uniformes adotadas pelas Convenções de Genebra incorporam-se ao nosso direito interno e entraram em vigor, no Brasil, a contar dos decretos que as promulgaram. Tais decisões reforçaram e atualizaram, em nossos dias, antiga orientação da nossa jurisprudência no sentido do primado do direito internacional sobre o direito interno [...]."[106]

---

[104] Recurso Extraordinário n° 71.154, julgado em 4 de agosto de 1971, Relator Ministro Oswaldo Trigueiro, pp. 2-3.
[105] Recurso Extraordinário n* 71.154, julgado em 4 de agosto de 1971, Relator Ministro Oswaldo Trigueiro, p. 4.
[106] Recurso Extraordinário n°. 80.004, julgado em 1 de junho de 197, Relator Ministro Cunha Peixoto, p. 12

Nesse sentido, a análise do HC nº 51.977, de 1974, revela a posição da Procuradoria Geral da República, acolhida pelo tribunal, favorável à aplicação dos tratados internacionais, mesmo nos casos de conflitos com leis ordinárias:

> "Várias matérias, como os direitos do estrangeiro, por exemplo, são regulamentadas, ao mesmo tempo, pelo Direito Internacional e pelo Direito Interno.
>
> Quando as normas do último coincidem com as do primeiro, não há possibilidades de discussões, que surgem quando as duas se chocam.
>
> Indiferentes ao debate entre as teorias monista e dualista, as normas de Direito Internacional têm força obrigatória no interior de um Estado, em virtude de ato legislativo que as transforma em regras de Direito Interno. [...]
>
> Ora, no caso existe tratado de extradição entre Brasil e Peru, promulgado pelo Decreto nº 15.506, de 31 de maio de 1922, e incorporado ao direito nacional.
>
> Obviamente que suas disposições têm preferência sobre as do Decreto-lei nº 941-69, visto que estas são genéricas e aquelas especiais."[107]

No entanto, Jacob Dolinger é um dos autores que entende que acordão não poderia ser interpretado com afirmação da primazia do direito internacional sobre o direito interno, por não ter se manifestado sobre a possibilidade de tratado internacional vir a ser revogado por lei posterior – apenas afirmou que o tratado revoga as leis anteriores no que forem contrárias aos seus dispositivos[108].

Equiparação entre tratado e lei interna

Ainda que o Recurso Extraordinário 80.004, de 1977, seja tido como a decisão paradigmática que afirmou que os tratados possuíam o mesmo *status* hierárquico que as leis internas, a ideia já havia sido enunciada, de forma menos elaborada, no Conflito de Jurisdição nº 4663, julgado em 17 de maio de 1968.

---

[107] Parecer citado no Habeas Corpus no 51.977, julgado em 13 de março de 1974, Relator Ministro Thompson Flores.

[108] J. DOLINGER. *Direito Internacional Privado* – Parte Geral, 9a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 104.

No Conflito de Jurisdição nº 4663, o juiz estadual da comarca de Itapiru, em São Paulo, ao receber caso referente a notas promissórias, reconheceu que a matéria era regida Lei Uniforma estabelecida pela Convenção de Genebra. Assim, sendo as ações baseadas em direito internacional de competência da justiça federal, deu-se por incompetente. O juiz federal, por sua fez, também declarou-se incompetente. Ao decidir o caso, o Min. Eloy da Rocha deixou claro o seu entendimento pela paridade hierárquica entre tratados e leis:

> "Entendo que, na ação executiva cambial, não há questão fundada em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional, nem se descobre, nela, [...] interesse interestatal. O fato de a Convenção acarretar a introdução, no direito nacional de normas sobre letra de câmbio e notas promissórias, não determina, por si, a competência dos juízes federais, de tal sorte que qualquer ação cambial seja processada e julgada pela Justiça Federal. Não se verifica a hipótese regulada no art. 119, III, da Constituição.
>
> O mesmo Dr. Juiz suscitado, enquanto também reconhece que as aludidas normas equivalem às demais leis federais, não tira, a meu ver, dessa premissa, a conclusão adequada"[109]

Em 1977, o Supremo Tribunal Federal decidiu o paradigmático Recurso Extraordinário nº 80.004, entendido pela doutrina e pelo próprio tribunal como tendo estabelecido a equiparação dos tratados internacionais à lei interna e abandonado a posição de que uma lei não podia modificar tratado em vigor. O caso discutia os efeitos do Decreto-Lei nº 427/1969, que estabeleceu o registro obrigatório da nota promissória em repartição fiscal, sob pena de nulidade. Esse requisito não estava previsto na Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias aprovada pela Convenção de Genebra, do qual o Brasil era signatário e que havia sido ratificada antes do Decreto-Lei 427, de 22 de janeiro 1969. O recurso foi apresentado por avalista de nota promissória não registrada contra decisão do Tribunal de Justiça Sergipe que afirmou que a falta de registro do título não afetava a responsabilidade do avalista. Manifestaram-se a favor da vigência do Decreto-Lei 427/1969 os Ministros Cunha Peixoto,

[109] Conflito de Competência n° 4.663-SP, julgado em 17 de maio de 1963, Relator Min. Eloy da Rocha, Terceira Turma, v.u., pp. 4-5.

Cordeiro Guerra, Leitão Abreu, Rodrigues Alckmin, Antonio Neder, Bilac Pinto[110] e Thompson Flores, vencido o ministro Xavier Albuquerque.

No entanto, já nessa decisão, como ocorre com muitas das decisões tribunal e em especial com as que tratam de direito internacional, "os votos vencedores apresentaram fundamentos tão diversos, que não ficou muito claro qual o que prevaleceu"[111]. São três as principais questões debatidas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal neste caso. A primeira discute a incorporação dos tratados internacionais ao direito interno, retomando o debate do Recurso Extraordinário nº 71.154 sobre a "auto-exequibilidade" dos tratados internacionais. A segunda trata da modificação dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte: poderiam eles ser revogados por lei ordinária ou seria sempre necessária a renúncia? Por fim, alguns dos ministros discutiram se existia realmente conflito entre os dois diplomas normativos.

Em relação à primeira questão, o Ministro Cunha Peixoto retomou o debate sobre os efeitos da ratificação de tratado internacional e manifestou-se no sentido de que "tratado não é lei; é ato internacional que obriga o povo considerado em bloco; que obriga o governo na ordem externa, e não o povo na ordem interna". Afirmou ainda que "não é admissível que um só ato, ao mesmo tempo, possa ser tratado e ato legislativo ordinário; nem se concebe que um tratado normativo se converta em ato legislativo (lei ou decreto), formas jurídicas inconfundíveis e inconversíveis, cada qual com sua esfera própria de ação"[112]. Citando doutrina estrangeira no mesmo sentido, o ministro aponta para o fato de que "os demais países participantes da Conferência de Genebra – Alemanha, França, Itália – promulgaram leis internas sobre a matéria, não se limitando a ratificar o Tratado"[113]. Os outros ministros afirmaram a incorporação e aplicação imediata da Convenção de Genebra no direito brasileiro, reafirmando o que já estava estabelecido pelo Recurso Extraordinário nº 71.154. O Ministro

---

[110] Consta da ata de julgamento que o Ministro Bilac Pinto deu provimento ao recurso (p. 1014), porém seu voto não está disponível.

[111] J. C. MAGALHÃES. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2000, p. 58.

[112] Recurso Extraordináro n° 80.004, julgado em 1 de junho 1977, Relator Ministro Xavier de Albuquerque, pp. 939-940.

[113] Recurso Extraordinário n° 80.004, julgado em 1 de junho 1977, Relator Ministro Xavier de Albuquerque, p. 943.

Cordeiro Guerra explicou que a Convenção de Genebra, uma vez aprovada pelo Congresso Nacional, passou a integrar o direito brasileiro como se lei fosse, e nessa qualidade seria "aplicad[a] pelos Tribunais, da mesma maneira, na mesma extensão e com a mesma obrigatoriedade próprias à aplicação do direito interno"[114]. O Ministro Leitão de Abreu, por sua vez, afirmou que a "dupla manifestação" do Congresso só seria cabível se prevista na Constituição ou se a própria Convenção de Genebra tivesse estabelecido, em suas próprias disposições, a obrigação do Estado de criar lei reproduzindo o conteúdo do tratado, o que não ocorreu[115].

Passando à segunda questão, o Ministro Xavier Albuquerque manifestou-se contrariamente à modificação, por lei ordinária, das regras estabelecidas pela Convenção de Genebra. Afirmou que os tratados só poderiam ser revogados por meio de denúncia, adotando as razões expostas em obra de Rubens Requião:

> "Os países signatários e aderentes [da Convenção de Genebra] se despiram do direito e da faculdade de cominarem a nulidade, pelas suas legislações nacionais, de títulos cambiários que não contiveram o tributo do selo, quando tal exigência neles existir. O governo brasileiro deve permanecer fiel ao espírito e à letra das Convenções de Genebra. Os tratados devem ser interpretados conforme a sábia e respeitada lição de Clóvis Bevilaqua, repetida no Supremo Tribunal pelo Min. Philadelpho de Azevedo – Segundo a equidade, a boa-fé e o próprio sistema dos mesmos." [116]

Concordando com o Ministro Xavier Albuquerque no que diz respeito à forma de revogação dos tratados, o Ministro Leitão de Abreu argumentou não haver disposição constitucional estabelecendo que a lei prevalece sobre o tratado, o último só poderia ser revogado por meio de denúncia, e jamais poderia ser alterado por norma "inferior, interna ou

---

[114] Citação de Francisco Campos acolhida pelo Ministro Cordeiro Guerra. p. 964,

[115] p. 976. "Aplicando-se esses princípios [estabelecidos por Kelsen], que me parecem mais consentâneos com a maneira pela qual relativamente ao problema em exame, o mesmo se deve solucionar, aplicando-se esses princípios, repito, ao direito brasileiro, a conclusão é que aos tribunais sempre cumpre ter como obrigatórias, no direito interno, sem a intermediação de lei que haja produzido o conteúdo dos tratados ou convenções, de que ora se cogita, as normas consagradas nesses instrumentos internacionais. Não só silencia a nossa ordem constitucional sobre a necessidade, para isso, de dupla manifestação do Congresso, como não se colhe desses pactos internacionais haverem eles estabelecido tal exigência."

[116] R. REQUIÃO. Cambial: Invalidade de lei que exige seu registro. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*, vol. I, nova série, pp. 13-28, citado no voto do Ministro Xavier Albuquerque.

nacional"[117]. No entanto, o ministro entendeu que este argumento não resolvia o caso em tela: a Constituição impõe aos tribunais que deem eficácia às leis e permite que os juízes lhes recusem autoridade somente nos casos previstos na Constituição, o que não inclui o conflito com tratado ou norma de direito internacional[118].

O entendimento do ministro parece ser paradoxal: não existe dispositivo constitucional autorizando que lei revogue tratado e nem dispositivo que autorize a invalidação de uma lei por contrariar tratado. A solução dada por ele parte do pressuposto de que os tribunais têm a obrigação de aplicar as normas nacionais a menos nos casos de invalidação previstos na Constituição, para dizer que deve prevalecer a aplicação do Decreto Lei nº 427/1969. O ministro explica, no entanto, as minúcias da sua posição:

> "Como autorização dessa natureza, segundo entendo, não figura em nosso direto positivo, pois que a Constituição não atribui ao judiciário competência, seja para negar a aplicação a leis que contradigam tratado internacional, seja para anular, no mesmo caso, tais leis, a consequência, que me parece inevitável, é que os tribunais estão obrigados, na falta de título jurídico para proceder de

---

[117] Recurso Extraordinário n° 80.004, julgado em 1 de junho 1977, Relator Ministro Xavier de Albuquerque: "Originários ambos de processos criativos díspares, assim como aplicação direta do tratado, pelos Tribunais, requer autorização constitucional, porquanto somente assim pode afastar disposições de lei precedente, assim também a suplantação do tratado por lei posterior exigiria norma constitucional, que atribuísse à lei essa eficácia. Dotados ambos, pois, de eficácia formal própria, sem que, na falta de habilitação constitucional para isso, a de um possa prevalecer sobre a de outro, não posso aderir, com a reverência que merecem as opiniões em contrário, à tese de que a lei, em nossa ordem jurídica, revoga o tratado. Possui este, segundo a doutrina acolhida pelo eminente Ministro Xavier de Albuquerque, 'forma própria de revogação, a denúncia, somente podendo ser alterado por outra norma de categoria igual ou superior, internacional, e jamais pela inferior, interna ou nacional'. Desse modo, não acolho, em face do nosso direito positivo, onde não vislumbro norma constitucional que haja consagrado, em sua plenitude, quanto às relações de incompatibilidade entre tratado e lei, o princípio 'lex posterior derogat priori', a opinião de que, em sentido próprio, o Decreto-lei no 427, naquilo em que com ela conflita, revogou a Convenção de Genebra." (pp. 982-983)

[118] Reurso Extraordinário n° 80.004, julgado em 1 de junho 1977, Relator Ministro Xavier de Albuquerque: "A questão, para mim, todavia, não se encerra com a anuência à opinião de que a lei não revoga o tratado, porquanto importa saber, ainda, se a lei, não revogado este, se despoja, para os tribunais, de toda a eficácia. Estão os órgãos estatais, incumbidos de aplicar o direito, obrigados a emprestar eficácia às leis do País, ou seja, ao direito interno, somente se achando autorizados a recusar-lhe autoridade nos casos previstos na Constituição. Entre esses casos se compreende os de conflito entre a Carta Constitucional e as leis, podendo neles se incluir também, se para isso houver, na Carta Política, provisão expressa, o de conflito entre lei e tratado internacional ou norma de direito internacional comum [...]
Como autorização dessa natureza, segundo entendo, não figura em nosso direto positivo, pois que a Constituição não atribui ao judiciário competência, seja para negar a aplicação a leis que contradigam tratado internacional, seja para anular, no mesmo caso, tais leis, a consequência, que me parece inevitável, é que os tribunais estão obrigados, na falta de título jurídico para proceder de outro modo, a aplicar as leis incriminadas de incompatibilidade com tratado". (pp. 984-985).

> outro modo, a aplicar as leis incriminadas de incompatibilidade com tratado. Não se diga que isso equivale a admitir que a lei posterior ao tratado e que com ele incompatível reveste eficácia revogatória deste, aplicando-se, assim, para dirimir o conflito, o princípio 'lex posterior revogat priori'. A orientação, que defendo, não chega a esse resultado, pois, fiel à regra de que o tratado possui forma de revogação própria, nega que este seja, em sentido próprio, revogado pela lei. Conquanto não revogado pela lei, que o contradiga, a incidência das normas jurídicas constantes do tratado é obstada pela aplicação, que os tribunais são obrigados a fazer, das normas leis com aqueles conflitantes. Logo, a lei posterior, em tal caso, não revoga, em sentido técnico, o tratado, senão que lhe afasta a aplicação. A diferença está em que, se a lei revogasse o tratado, este não voltaria a aplicar-se, na parte revogada, pela revogação pura e simples da lei dita revogatória". [119]

Em reação a este voto, o Ministro Cunha Peixoto apontou a evidente contradição: "S. Exa. adverte que aprovado, o tratado tem aplicação imediata. Portanto, ele se transformou em Direito Positivo Brasileiro. E se ela passa a ser Direito Positivo Brasileiro, sua revogação ocorre, nos termos da Legislação Brasileira e da Constituição: a lei posterior revoga a anterior"[120].

O Ministro Eloy da Rocha também entendeu que convenções internacionais não poderiam ser revogadas por lei ordinária[121]. No entanto, deu provimento ao recurso por entender que inexistia incompatibilidade entre a Lei Uniforme e o Decreto Lei nº 427/1969[122].

O principal argumento pela possibilidade de revogação de tratado por lei posterior foi a ausência de disposição na Constituição afirmando a superioridade dos tratados em relação às leis[123], como afirmou o Ministro Rodrigues Alckmin:

---

[119] RE 80.004, julgado em 1 de junho 1977, Relator Ministro Xavier de Albuquerque , pp. 983-985.
[120] RE 80.004, julgado em 1 de junho 1977, Relator Ministro Xavier de Albuquerque , p. 986.
[121] RE 80.004, julgado em 1 de junho 1977, Relator Ministro Xavier de Albuquerque , p. 1021
[122] "Não existe, porém, a meu ver, incompatibilidade do art. 2o do DL. 427, de 22.01.1969, com normas da Convenção para a adoção da 'Lei Uniforme', consideradas, na interpretação destas normas, nomeadamente, disposições da Convenção destinada a regular 'certos conflitos de leis em matéria de letras de câmbio e de notas promissórias'." (p. 1022)
[123] Ainda que tenha entendido que a referida Convenção não estava em vigor no Brasil, o Ministro Cunha Peixoto afirmou que, mesmo se estivesse, está equivocada a corrente que afirma que o legislador brasileiro não poderia introduzir nela nenhuma modificação:

> "Creio, pois, que, à falta de norma constitucional que estabeleça restrição ao Poder Legislativo quanto à edição de leis internas contrárias a tratados, enquanto não forem estes denunciados, princípios de escolas não justificam, na ordem positiva, o primado pretendido.
>
> Nem há alegar que ocorre descumprimento do Tratado, na órbita internacional. A arguição, como visto, não se reflete na ordem jurídica interna, pois somente texto constitucional poderia estabelecer a supremacia dos tratados nesta ordem. Aquela circunstância é insuficiente para estabelecê-la."[124]

Em resposta ao argumento de que o tratado só poderia ser revogado por denúncia, o Ministro Cordeiro Guerra afirmou o seguinte:

> "Argumenta-se que a denúncia é o meio próprio de revogar um tratado internacional. Sim, no campo do direito internacional, não porém, no campo do direito interno. Quando muito, poderá, face à derrogação do tratado por lei federal posterior, ensejar reclamação de uma outra parte contratante perante o governo, sem contudo afetar as questões de direito interno.
>
> Fosse a denúncia internacional o único meio de nulificar um tratado, e não se compreenderia pudesse o Supremo Tribunal Federal negar-lhe validade por vício de inconstitucionalidade."[125]

O Ministro Cordeiro Guerra referiu-se ao dispositivo constitucional que estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade de lei ou tratado (artigo 199, III, b) para argumentar que a Constituição colocou os dois instrumentos

---

"[N]ão existe, na Constituição, nenhum dispositivo que impeça ao membro do Congresso apresentar projeto que revogue, tácita ou expressamente, uma lei que tenha sua origem em um tratado. [...]
A lei, provinda do Congresso, só pode ter sua vigência interrompida se ferir dispositivo da Constituição e, nesta, não há nenhum artigo que declare irrevogável uma lei positiva brasileira pelo fato de ter sua origem em um Tratado
Do contrário, teríamos então – e isto sim, seria inconstitucional – uma lei que só poderia ser revogada pelo Chefe do Poder Executivo, através da denúncia do tratado". (p. 953, ver também p. 952).
No mesmo sentido, o Ministro Thompson Flores entendeu que o tratado não prevalece sobre a lei , pois a constituição não contém disposição nesse sentido (p. 1019), e assim "lei e Tratado se equivalem, podendo um derrogar o outro" (p. 1019).

[124] RE 80.004, julgado em 1 de junho 1977, Relator Ministro Xavier de Albuquerque, p. 997

[125] RE 80.004, julgado em 1 de junho 1977, Relator Ministro Xavier de Albuquerque , p. 969.

normativos "em pé de igualdade, sem dar ao tratado internacional forma superior à lei"[126]. O Ministro Leitão Abreu, por sua vez, rechaçou tal interpretação:

> "Embora figurem [a lei e o tratado], nessa prescrição [art. 199, III, b)] como sujeitos à censura da constitucionalidade, tanto o tratado como a lei federal, não quer isso dizer que lei e tratado possuam o mesmo status. Hierarquicamente, ambos, tratado e lei, se situam abaixo da Constituição, sem que isso signifique a equiparação do tratado à lei, que guardam, cada qual, seus caracteres específicos e diferenciais."[127]

Para sustentar a possibilidade de as disposições do tratado serem revogadas por lei posterior, os Ministros Cordeiro Guerra, Rodrigues Alckmin e Thompson Flores referiram-se ao artigo 98 do Código Tributário Nacional[128], que afirma que "[o]s tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha". Nas palavras do Ministro Cunha Peixoto, "[s]e a lei ordinária não pudesse, pela constituição, revogar a que advém de um tratado, não seria necessário dispositivo expresso de ordem tributária"[129].

O Ministro Antonio Neder trouxe um argumento novo à discussão. Para o ministro, "a sede jurídica da controvérsia não est[ava] no campo das relações do direito internacional com o direito interno"[130]; a questão seria de interpretação da Convenção de Genebra. A convenção não deveria ser interpretada de forma literal[131], e o Supremo Tribunal Federal deveria considerar a sua "interpretação extensiva"[132]:

> "Do exposto, concluo que a Convenção de Genebra ressalva, no direito interno de cada uma de suas Partes Contratantes, a vigência da regra tributária que incide nas letras e nas promissórias, inclusive a que condicionou a validês de

---

[126] RE 80.004, julgado em 1 de junho 1977, Relator Ministro Xavier de Albuquerque, p. 968.
[127] RE 80.004, julgado em 1 de junho 1977, Relator Ministro Xavier de Albuquerque , p. 982.
[128] Ver RE 80.004, julgado em 1 de junho 1977, Relator Ministro Xavier de Albuquerque , pp. 1019.
[129] RE 80.004, julgado em 1 de junho 1977, Relator Ministro Xavier de Albuquerque , p. 955.
[130] RE 80.004, julgado em 1 de junho 1977, Relator Ministro Xavier de Albuquerque , p. 1002.
[131] A interpretação de tratados "não pode [...] limitar-se a análise literal pois [...] deve ter por fim determinar o mais rigorosamente possível a verdadeira intenção das partes, e, de acordo com o princípio da boa fé, não pode deixar de se considerar querido o que não foi afirmado expressamente no texto, mas dele se infere concludentemente". Trecho de *A Interpretação dos Tratados na Jurisprudência e na Doutrina*. Lisboa, 1960, pp. 27-28, do Prof. Silva Cunha, citado pelo Ministro Anotnio Neder, pp. 1008-1009.
[132] RE 80.004, julgado em 1 de junho 1977, Relator Ministro Xavier de Albuquerque , p. 1012.

> qualquer de tais títulos ao pagamento de tributo; concluo, igualmente, que, ressalvando a vigência de norma tributária interna incidente nas letras e promissórias, a Convenção ressalvou logicamente a vigência de normas tributárias meramente fiscalizadoras ou controladoras do pagamento de tal tributo, como sucede às do Dl. 427-69, pois ao pormenor é de se aplicar o princípio segundo o qual a regra que permite o mais permite o menos.
>
> Resumo do meu voto: a Convenção de Genebra ressalva no direito interno de cada Parte Contratante a vigência de regra tributária incidente nas letras e nas promissórias, e, por isso, o Dl. n. 427-69 não se acha incompatibilizado com ela, senão que em harmonia com uma de suas cláusulas, especialmente redigida para exprimir a reserva."[133]

Conforme já destacado, a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 80.004 é frequentemente citada como tendo afirmado que "não há hierarquia constitucional entre tratado e lei e, sendo assim, um revoga o outro"[134]. No entanto, cumpre destacar que dos oito ministros que proferiram votos nesse caso, três consideravam que lei ordinária não poderia modificar ou revogar tratado internacional aprovado pelo Congresso e um não abordou a questão da hierarquia entre tratados e leis e entendeu não haver incompatibilidade entre os dois diplomas.

Antes de passar à análise da Constituição de 1988, releva ressaltar um importante desenvolvimento legislativo, anterior ao julgamento do RE 80.004, mas que afeta a paridade entre tratado e lei estabelecida nessa decisão. Em 1966, foi promulgado o Código Tributário Nacional. Seu artigo 98 estabeleceu que "[o]s tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha". Segundo Rezek, "essa linguagem sugere mais uma norma preventiva de conflitos do que uma regra de solução de conflito consumado; mas se assim for entendida ela é inteiramente supérflua"[135]. Isso porque, em relação às normas internas anteriores, é clara a supremacia do tratado. Também seria evidente a obrigação de o legislador observar as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil na criação do direito interno, evitando assim a violação

---

[133] RE 80.004, julgado em 1 de junho 1977, Relator Ministro Xavier de Albuquerque , pp. 1012-1013.
[134] J. C. MAGALHÃES. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 58.
[135] F. REZEK. *Direito Internacional Público*: Curso Elementar, 10a Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 100.

de compromisso internacional[136]. Dessa forma, segundo o autor, o sentido do art. 98 do CTN depende de se reconhecer que o código é norma hierarquizante do direito tributário:

> "Assim, para que se dê ao art. 98 efeito útil, é preciso lê-lo como uma norma hierarquizante naquele terreno onde o CTN foi qualificado pela Constituição para ditar "normas gerais". O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, desde que primeiro tratou do assunto até a hora atual, e de modo uniforme, a eficácia do art. 98 do CTN e sua qualidade para determinar o que determina. Em matéria tributária, há de buscar-se com mais zelo ainda que noutros domínios a compatibilidade. Mas se aberto e incontornável o conflito, prevalece o tratado, mesmo quando anterior à lei.
>
> Resolve-se por mais de um caminho, creio, a questão de saber se o CTN tem estatura para determinar na sua área temática um primado que a própria Constituição não quis determinar no quadro geral da ordem jurídica. Faz sentido, por exemplo, dizer que no caso do conflito que ora cuidamos a norma interna sucumbe por inconstitucionalidade. Ao desprezar o art. 98 do CTN e entrar em conflito com tratado vigente, a lei ordinária implicitamente terá pretendido inovar uma norma geral de direito tributário, estabelecendo, para si mesma, uma premissa conflitante com aquele artigo, qual seja a de que é possível ignorar o compromisso internacional e dispor de modo destoante sobre igual matéria. É uma hipótese *sui generis* de inconstitucionalidade formal: a lei não ofende a carta pela essência do seu dispositivo, nem por vício qualquer de competência ou de processo legislativo, mas por uma premissa ideológica hostil à exclusividade que a carta dá a lei complementar para ditar normas gerais de direito tributário."[137]

É interessante notar que as decisões que afirmam a primazia do direito internacional sobre a legislação interna discutam justamente a aplicação de disposições de tratados de natureza tributária. Essa deferência especial que recebem os tratados fiscais – num primeiro momento, pelas próprias decisões do Supremo Tribunal Federal e, a partir de 1966, com o art. 98 do CTN – será discutida pelo Min. Gilmar Mendes na decisão referente à prisão do depositário infiel. A discrepância entre o tratamento que se dá aos tratados tributários e aos de direitos humanos (ainda que o fundamento jurídico que baseia o argumento pela superioridade desses tratados em relação às leis seja muito distinto) é uma das razões do voto do ministro,

---

[136] F. REZEK. *Direito Internacional Público*: Curso Elementar, 10a Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 100.
[137] F. REZEK. *Direito Internacional Público*: Curso Elementar, 10a Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 100-101.

que conclui pela "supralegalidade" dos tratados internacionais (conforme seção 4.1. abaixo). Além disso, entre as decisões analisadas nessa seção, merece destaque o fato de que alguns dos votos expressam preocupação com eventual ilícito internacional que poderia resultar da sua decisão. Esta questão também será relevante na análise da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, o intuito dessa seção é demonstrar a complexidade dos argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal e a falta de consenso, entre os ministros, em relação a certas questões, bem como as diversas nuances dos seus votos. Assim, mesmo muitos anos depois de ter sido julgado o Recurso Extraordinário nº 80.004, parte dos autores brasileiros continuaram a defender a prevalência dos tratados internacionais em relação às leis ordinárias. Isto é patente na análise das discussões da Assembleia Constituinte, a que se procede a seguir.

3.3. Constituição de 1988

Além de prever a forma de celebração e aprovação de tratados e hipóteses de recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal, a Assembleia Constituinte de 1987 incluiu no texto constitucional dois dispositivos de particular relevância para o direito internacional, e para o presente trabalho: o art. 4º, que dispõe sobre os princípios que regem a atuação do Brasil nas suas relações internacionais[138], e, conforme já relatado, o §2º do art. 5º, que reconhece que os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluem os decorrentes de tratados internacionais. Conforme se discutirá no próximo capítulo, esses dois dispositivos, que representam as principais inovações da Constituição em relação ao direito internacional, são justamente os dispositivos constitucionais invocados nos três casos da

[138] "Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
I - independência nacional;
II - prevalência dos direitos humanos;
III - autodeterminação dos povos;
IV - não-intervenção;
V - igualdade entre os Estados;
VI - defesa da paz;
VII - solução pacífica dos conflitos;
VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade
X - concessão de asilo político.
Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações."

jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal que formam o objeto principal desse trabalho.

Os anais da Assembleia Constituinte revelam que a discussão sobre direito internacional foi muito mais ampla do que deixam perceber os artigos que acabaram por integrar o texto constitucional. O debate no âmbito do processo constituinte importa para o presente trabalho pois também é indicativo dos problemas dogmáticos identificados pela comunidade jurídica brasileira à época, no que diz respeito ao direito internacional.

Um dos temas recorrentes no debate foi a dívida externa, juntamente com o protecionismo dos países desenvolvidos e a exploração abusiva dos recursos nacionais por empresas estrangeiras. Todos esses problemas eram em parte vistos como consequência da falta de supervisão da atuação do país nas suas relações exteriores, de forma que muito se discutiu o controle do Congresso sobre o Executivo nos diferentes tipos de atos internacionais executados pelo Brasil.

Além disso, outro tema frequente foi justamente a hierarquia dos tratados internacionais. Parte dos constituintes, especialmente os da Subcomissão de Nacionalidade, Soberania e das Relações Internacionais[139] (presidida pelo jornalista Roberto D'Ávila e subordinada à Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher), defendiam que deveria ser reestabelecida a primazia do direito internacional sobre o direito interno. Assim, fizeram constar do seu anteprojeto os seguintes dispositivos:

> "TÍTULO III- Das Relações Internacionais
>
> Art 17. O Brasil manterá relações com estados estrangeiros, organizações internacionais e outras entidades dotadas de personalidade internacional, em nome de seu povo, no respeito aos seus interesses e sob seu permanente controle.

[139] A Subcomissão realizou oito audiências públicas, em que ouviu e discutiu com figuras como o Embaixador Paulo Tarso Flecha de Lima (à época, Secretário Geral do Ministério das Relações Exteriores), os Professores Celso de Albuquerque Mello, Vicente Marotta Rangel e Jacob Dolinger, o Ministro Francisco Rezek, do Supremo Tribunal Federal e o ex-Governador do Estado do Rio de Janeiro, Leonel Brizola.

> Art. 18 O Brasil não permitirá que conflitos internacionais em que não é parte, atinjam seu território nacional e nele se transformem em fator de desagregação de sua gente.
>
> Art. 19 Nas relações internacionais, **o Brasil adotará atitude de coexistência pacífica e se regerá pelos princípios constantes da Carta da Organização das Nações Unidas, tal como explicitados na Resolução 2625 (XXV) da Assembléia Geral.**
>
> **Art. 20 Nas relações interamericanas, o Brasil respeitará os princípios da carta da Organização dos Estados Americanos.**
>
> Art. 21 Na convivência com Estados estrangeiros e participando de organismos multilaterais, o Brasil favorecerá a obras de codificação progressiva do direito internacional, os movimentos de promoção dos direitos humanos e a instauração de uma ordem econômica justa e eqüitativa.
>
> **Art. 22 O Direito Internacional faz parte do Direito Interno. O tratado revoga a lei e não é por ela revogado.**
>
> Art. 23 A condução das relações internacionais á da competência privativa da União que a realizará de forma democrática, através dos Poderes Públicos Federais."[140] (grifos meus)

Em relação à possibilidade de revogação de disposição de tratado por lei ordinária, a Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher adotou solução oposta à referida acima, no o art. 28, §2º de seu anteprojeto. Essa posição, pela revogabilidade do tratado por lei interna, foi mantida no anteprojeto da Comissão de Sistematização, que elaborou a seguinte redação: "o conteúdo normativo dos tratados e compromissos internacionais [...] revoga lei anterior e está sujeito a revogação por lei ou emenda constitucional"[141]. Ao final, não foi incluída nenhuma nem outra solução: a Constituição de 1988 não dispõe expressamente sobre a hierarquia normativa dos tratados internacionais.

---

[140] Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, Anteprojeto de Constituição apresentado na reunião de 22 de maio de 1987.

[141] Ver J. G. RODAS, A Constituinte e os Tratados Internacionais. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, out. 1987, ano 76, vol 624, p. 49.

Grandino Rodas, filiado a doutrina que à época pregava pela primazia do direito internacional, foi um dos autores que criticou duramente a solução tomada pela Assembleia Constituinte[142].

Em 1994, foi votado um projeto de emenda constitucional (a Proposta Revisional nº 001079-1, de 2 de fevereiro de 1993) relatado pelo Deputado Adroaldo Streck (PSDB/RS) procurou ampliar as possibilidades de reconhecimento das decisões de organismos internacionais como senso supranacionais (ou seja, independentes dos processos tradicionais para recepção no ordenamento brasileiro)[143]. A proposta foi inspirada no artigo 8º da Constituição portuguesa[144] e, entre as medidas propostas, pretendia dar vigência imediata na ordem doméstica às normas emanadas das organizações internacionais estabelecidas por tratado do qual o Brasil fizesse parte[145]. A proposta de emenda constitucional não atingiu o quórum mínimo para aprovação, tendo recebido 168 votos a favor, 144 votos contra e 7 abstenções[146].

Outra questão não abordada expressamente pelo texto da Constituição de 1988 foi a relação entre as decisões de tribunais internacionais e o direito interno. A questão não parece ter sido objeto de debate na Assembléia Constituinte, e ganhou força após a promulgação da Constituição. Em 1994, foi votado um projeto de emenda constitucional, a Proposta Revisional no 001079-1, de 2 de fevereiro de 1993, relatado pelo Deputado Adroaldo Streck

---

[142] J. G. RODAS. A Constituinte e os Tratados Internacionais. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, out. 1987, ano 76, vol 624. "É sabido que a adoção definitiva de tal regra [segundo a qual um tratado poderia ser revogado por lei posterior] abriria para o Brasil o risco de vir a ser responsabilizado internacionalmente por deixar de reconhecer eficácia interna a norma internacional à qual está vinculado, além de significar adesão na undécima hora, e sem razão plausível, à tendência que tradicionalmente se verifica na jurisprudência norte-americana. Entretanto, o substitutivo de Cabral, seguido pelo projeto de Constituição (A), fez ainda pior escolha ao preferir trilhar a omissão que se verifica nas Constituições que até hoje tivemos" (p. 49).

[143] Relatoria da Revisão Constitucional, Brasília, Senado Federal, tomo I, p. 15-23 *apud* G. MENDES. A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais. In: *Transnacionalidade do Direito*: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 254-255.

[144] Constituição Portuguesa de 1976, Artigo 8(3): "As normas emandas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos."

[145] Redação proposta para o parágrafo 3o do Artigo 4o. Ver G. MENDES. A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais. In: *Transnacionalidade do Direito*: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 255.

[146] G. MENDES. A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais. In: *Transnacionalidade do Direito*: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 255.

(PSDB/RS)[147] que procurou ampliar as possibilidades de reconhecimento das decisões de organismos internacionais como sendo supranacionais (ou seja, independentes dos processos tradicionais para recepção no ordenamento brasileiro). A proposta foi inspirada no artigo 8º da Constituição portuguesa[148] e, entre as medidas propostas, pretendia dar vigência imediata na ordem doméstica às normas emanadas das organizações internacionais estabelecidas por tratado do qual o Brasil fizesse parte[149]. A proposta de emenda constitucional não atingiu o quórum mínimo para aprovação, tendo recebido 168 votos a favor, 144 votos contra e 7 abstenções[150]. No entanto, conforme será explicado na seção 3.6. abaixo, norma expressa sobre submissão do Brasil ao tribunal penal internacional foi introduzida pela Emenda nº 45/2004.

Dado esse panorama geral do debate da Assembleia Constituinte, passo à análise dos dispositivos que efetivamente vieram a integrar o texto constitucional. No que diz respeito ao parágrafo único do art. 4º (que foi crucial para a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 101), cumpre destacar que ele não constava do artigo equivalente no Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos[151]. A integração com os países latino-americanos também foi um dos temas recorrentes nas discussões da Subcomissão da Nacionalidade, Soberania e das Relações Internacionais. O Constituinte Aluízio Bezerra[152] defendia a inclusão de dispositivo a respeito da criação do Parlamento Latino-Americano e do Mercado Comum Latino-

---

[147] Proposta Revisional no 001079-1, de 2 de fevereiro de 1993

[148] Constituição Portuguesa de 1976, Artigo 8(3): "As normas emandas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos."

[149] Redação proposta para o parágrafo 3o do Artigo 4o. Ver Gilmar Mendes, A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais, In: Transnacionalidade do Direito: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas, Sao Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 255.

[150] G. MENDES. A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais. In: *Transnacionalidade do Direito*: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 255.

[151] O artigo 5° do Anteprojeto tratava dos princípios que deveriam reger a atuação do Brasil nas relações internacionais:
"Art. 5°– O Brasil rege-se nas relações internacionais pelos seguintes princípios:
I – defesa e promoção dos direitos humanos;
II – condenação da tortura e de todas as formas de discriminação e de colonialismo;
III – a defesa da paz, repúdio à guerra, à competição armamentista e ao terrorismo;
IV – apoio às conquistas da independência nacional de todos os povos, em obediência aos princípios de autodeterminação e di respeito às minorias;
V – intercâmbio das conquistas tecnológicas, do patrimônio científico e cultural da humanidade."

[152] Anais da Constituinte, Subcomissão de Nacionalidade, Soberania e das Relações Internacionais: "Nesta Subcomissão temos defendido – inclusive já estamos encaminhando, a respeito, uma proposta a que V. Ex.a fez referência – a criação do Parlamento Latino- Americano e do Mercado Comum Latino- Americano como base da defesa de relações econômicas justas para o Brasil e demais países latino-americanos." p. 87.

Americano. Celso de Albuquerque Mello aventou a possibilidade de se incluir um "princípio de solidariedade latino-americana"[153], como foi feito na Constituição do Peru, mas concluiu que não seria o caso de estabelecer "relacionamento privilegiado com países da América Latina"[154].

José Afonso da Silva, por sua vez, atribui a André Franco Montoro a promoção da integração da América Latina como valor constitucional.

> "André Franco Montoro retomou o sonho de JK num sentido mais pragmático e com uma visão mais realista, tanto que não assumiu o pan-americanismo, que sempre foi instrumento de dominação dos Estados Unidos. Pregou a união dos países da América Latina como fundamental para seu desenvolvimento e, especialmente, para enfrentar os graves problemas da globalização. De sua pregação e descortino é que veio, de sua lavra, o Parágrafo único do art. 4o da CF de 1988 [...]".[155]

É interessante notar que esse tipo de redação não foi adotado unicamente no Brasil. A Constituição colombiana adotou, na reforma constitucional de 1993, dispositivos que promovem a integração da região, em seu Preâmbulo[156] e seus artigos 9[157] e 227[158]. Esta última disposição autorizava a criação, por lei, de um Parlamento Latinoamericano. A ideia de prever a criação do Parlamento Latinoamericano também foi discutida durante a Constituinte brasileira, porém não foi refletida no texto constitucional. Foi incluído, no entanto, o artigo 7° no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

---

[153] Idem, p. 24.
[154] Idem, p. 28.
[155] [155] José Afonso da SILVA, J. A. da. *Um Pouco de Direito Constitucional Comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 205.
[156] "El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente: […]"
[157] "Art. 9. Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.
De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe."
[158] "Art. 227. El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano."

> "Art. 7º. O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos."

Por fim, a Constituição de 1988, introduziu dispositivo importantíssimo para o debate da inserção do regime internacional de direitos humanos no ordenamento brasileiro. Trata-se do §2º do art. 5º, que tem a seguinte redação:

> "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."

O dispositivo deixa claro que o rol de garantias expresso no artigo 5º não é taxativo, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal[159]. No entanto, esse parágrado gerou um série de controvérsias a respeito do seu significado, e em especial em relação ao *status* hierárquico dos tratados de direitos humanos. São três as principais teorias a respeito da interpretação do § 2º do art. 5º . A primeira, na qual se inclui Celso de Albuquerque Mello[160], prega pelo seu status supraconstitucional[161]. Essa corrente é muito criticada, especialmente por ser inconciliável com o princípio da supremacia da constituição e por impedir o próprio controle de constitucionalidade dos tratados internacionais[162].

Outros autores afirmam que o dispositivo confere hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos[163]. Flávia Piovesan, uma das principais defensoras dessa corrente, sustenta o seguinte:

> "Ao prescrever que 'os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais', a *contra sensu*, a Carta da 1988 está a incluir no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados

---

[159] Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 939, Relator Min. Sidney Sanches, julgada em 15 de dezembro de 1993.

[160] C. D. DE A. MELLO. O § 2º do art. 5o da Constituição Federal. In: Ricardo Lobo Torres (org.), *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25-26.

[161] Essa teoria também é adotada, de forma geral e não aplicada ao caso brasileiro, por B. Campos, Gérman J. B. CAMPOS. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991, p. 353.

[162] G. MENDES. *Curso de Direito Constitucional*, 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2012 .p. 659.

[163] *Ver, e.g.,* A. C. TRINDADE. Memorial em prol de uma noma mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, n. 113-118, p. 88-89, 1998.

internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos."[164]

No mesmo sentido manifestaram-se Antônio Augusto Cançado Trindade[165], José Afonso da Silva[166], Celso Lafer[167] e Valério de Oliveira Mazzuoli[168]. Essa não foi, no entanto, a tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que em diversas ocasiões negou status constitucional aos direitos previstos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, afirmando o seguinte: "assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição [...] e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b)"[169]. Nesses caso, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os tratados de direitos humanos têm status de lei ordinária. Muitos são os autores que adotaram o mesmo entendimento do § 2º do art. 5º.

---

[164] F. PIOVESAN. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 98.

[165] A. A. C. TRINDADE. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2a ed. Fabris, vol. I/513, item n° 13, 2003.

[166] José Afonso da Silva, ao comentar o entendimento de Flávia Piovesan sobre o dispositivo: "Aqui se tem uma hipótese de incorporação de normas de internacionais de direitos humanos no ordenamento constitucional interno (cf. F. PIOVESAN. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 3a ed. São Paulo: Max LImonad, 1996, pp. 114 e ss.). Essa incorporação tem amplas consequências. A primeira é a de alargar o campo constitucional desses direitos. A Constituição, assim, se alarga, apanhando todos os direitos humanos declarados e os que vierem a ser declarados, incluindo o direito ao desenvolvimento, à paz e à solidariedade. A segunda consiste na adoção da concepção monista no que tange ao direito internacional dos direitos humanos, pela qual se define a unidade, neste campo, entre o direito internacional e o direito interno constitucional, especialmente tendo em vistao disposto no § 3o introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004". J. A. DA SILVA. *Comentário Contextual à Constituição*. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 178. Ao comentar o §3o do art. 5o, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, José Afonso da Silva revela o mesmo entendimento, a favor da status constitucional dos tratados de direitos humanos: "Esse §3o inserido pela Emenda Constitucional 45/2004 regula ou interpreta a segunda parte do §2o quando admite a incorporação dos tratados e convenções sobre direitos humanos ao direito constitucional pátrio – recepção, essa, que gerou controvérsia quanto a saber em que termos se dava essa incorporação. Parte da doutrina – que tinha o meu apoio – sustentava que essa incorporação se dava já com a qualidade de norma constitucional; outra entendia que assim não era, porque esses acordos internacionais não eram aprovados com o mesmo *quórum* exigido para a formação das normas constitucionais" J. A. DA SILVA. *Comentário Contextual à Constituição*. Malheiros: São Paulo, 2005, (p. 179).

[167] C. LAFER. A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais, Manole, 2005, pp. 16-18.

[168] V. DE O. MAZZUOLI. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 682-702.

[169] Recurso em Habeas Corpus n° 79.785-RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 29 de março de 2000.

Como se verá abaixo, no debate a respeito da relação entre normas de direito internacional e o direito interno brasileiro, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004.

3.4. Expansão das normas internacionais ratificadas pelo Brasil

A expansão do direito internacional relatada no item [completar] acima teve também reflexos no Brasil. Já em 1945, o Brasil celebrou o tratado de fundação da Organização das Nações Unidas ("ONU") em 26 de junho de 1945, e a Carta das Nações Unidas, foi promulgada pelo Decreto nº 19.841 de 22 de outubro de 1945.

O grande crescimento da participação do Brasil em tratados internacionais, no entanto, ocorre somente após o final do regime militar. Entre os outros principais acordos multilaterais celebrados pelo Brasil, destacam-se o Mercado Comum do Cone Sul ("Mercosul") e a Organização Mundial do Comércio ("OMC"). O Mercosul foi constituído através do Tratado de Assunção, concluído em 26 de março de 1991 e tendo como países membros Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Foi aprovado pelo Congresso pelo Decreto Legislativo nº 197 de 25 de setembro de 1991, e em seguida promulgado pelo Decreto nº 350 de 21 de novembro de 1991. A OMC, por sua vez, foi criada pelo Acordo de Marrakech, que continha o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (em inglês: *General Agreement on Tariffs and Trade*, "GATT") resultante da Rodada do Uruguai, concluído em 1994. No Brasil, o tratado foi promulgado pelo Decreto nº 1.355 de 30 de dezembro de 1994,.

Cada uma dessas organizações internacionais elaborou uma série de tratados, muitos dos quais o Brasil tornou-se signatário. Destacam-se, por exemplo, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção[170], no âmbito da ONU, o Acordo sobre aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS)[171] na OMC. No Mercosul, além de uma série de tratados regulando, por exemplo, a execução de sentenças estrangeiras e a

[170] Promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.
[171] Aprovado pelo Decreto Legislativo n° 30, de 15 de dezembro de 1994, e promulgado pelo Decreto n° 1.355 de 30 de dezembro de 1994.

cooperação judicial entre os países membros, foi elaborado em 2002 o Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul[172].

O processo de democratização também permitiu significativa expansão dos tratados de direitos humanos na América Latina. Na realidade, como explica Flávia Piovesan ao comentar o caso brasileiro, "se o processo de democratização permitiu a ratificação de relevantes tratados de direitos humanos, por sua vez essa ratificação permitiu o fortalecimento do processo democrático, através da ampliação e do esforço do universo de direitos por ele assegurado" [173]. Entre eles, destacam-se a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio[174]; Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura[175]; Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes[176]; Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial[177]; Convenção sobre os Direitos das Crianças[178]; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos[179], Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais[180]; Convenção Americana de Direitos Humanos[181]; Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra Mulher[182]; Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte[183]; Convenção Interamericana para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra

---

[172] Aprovado pelo Decreto Legislativo n° 712, de 14 de outubro de 2003, e promulgado pelo Decreto n° 4.982/2004.

[173] F. PIOVESAN. Hierarquia dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF. In: 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora?, *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol.1, n. 6. Porto Alegre, 2008. p. 112.

[174] Aprovada pelo Decreto Legislativo n° 2 de 11 de abril de 1951, promulgada pelo Decreto No. 30.822 de 6 de maio de 1952.

[175] Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 05, de 31 de maio de 1989, promulgada pelo Decreto nº 98.386, de 9 de dezembro de 1989.

[176] Promulgada pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991.

[177] Aprovada pelo Decreto Legislativo n° 23 de 21 de junho de 1967 e promulgada pelo Decreto No. 65.810 de 8 de dezembro de 1969.

[178] Aprovado pelo Decreto Legislativo n° 28 de 14 de setembro de 1990 e promulgada pelo Decreto No. 99.710 de 21 de novembro de 1990.

[179] Aprovado pelo Decreto Legislativo n° 226 de 12 de dezembro de 1991 promulgado pelo Decreto No. 592 de 6 de julho de 1992.

[180] Aprovado pelo Congresso Decreto Legislativo n° 226 de 12 de dezembro de 1991, promulgado pelo Decreto No. 591 de 6 de julho de 1992.

[181] Aprovada pelo Decreto Legislativo n° 27 de 26 de maio de 1992 e promulgada pelo Decreto n° 678 de 6 de novembro de 1992.

[182] Aprovada pelo Decreto Legislativo n° 05 em 31 de maio de 1989 e promulgada pelo Decreto n° 98.386 de 9 de dezembro de 1989.

[183] Aprovado pelo Decreto Legislativo n° 56, de 19 de abril de 1995 e promulgado pelo Decreto n° 2.754, de 27 de agosto de 1998.

Pessoas Portadoras de Deficiência[184]; Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher[185]; Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados[186]; Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre Venda, Prostituição e Pornografia Infantis[187]; Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura[188]; e, mais recentemente, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo[189]. Como será explicado abaixo, esta última convenção foi a primeira a ser aprovada nos termos do §3° da Constituição Federal, introduzido pela Emenda n° 45/2004.

Além disso, cumpre destacar que vários dos tratados referidos acima estabelecem algum tipo de órgão jurisdicional ou de supervisão para implementação do tratado, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ademais, em 2000, o Brasil aderiu ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1979, e sua promulgação ocorreu em 2002[190].

3.5. Jurisprudência do STF na vigência da CF 1988

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal proferiu uma série de decisões relacionadas ao direito internacional. O Supremo Tribunal Federal não abordou diretamente os novos arts. 4º e 5º, §2º nos primeiros anos após a promulgação da constituição. Em relação ao §2º do art. 5º, Francisco Rezek relata que a

---

[184] Aprovada pelo Decreto Legislativo n° 198, de 13 de junho de 2001, e promulgada pelo Decreto n° 3.956, de 8 de outubro de 2001.
[185] Aprovado pelo Decreto Legislativo n° 26, de 22 de junho de 1994 e promulgado pelo Decreto n° 4.377 de 13 de setembro de 2002.
[186] Aprovado pelo Decreto Legislativo n° 230, de 29 de maio de 2003 e promulgado pelo Decreto n° 5.006, de 8 de março de 2004.
[187] Aprovado pelo Decreto Legislativo n° 230, de 29 de maio de 2003, e promulgado pelo Decreto n° 5.007, de 8 de março de 2004.
[188] Aprovado pelo Decreto Legislativo n° 40, de 15 de fevereiro de 1991, e promulgado pelo Decreto n° 6.085, de 19 de abril de 2007.
[189] Aprovada pelo Decreto Legislativo n°186, de 9 de julho de 2008, e promulgada pelo Decreto n° 6.949, de 25 de agosto de 2009.
[190] Aprovado pelo Decreto Legislativo n° 112 14 de junho de 2000, assinado pelo Brasil em 7 de fevereiro de 2000, promulgado pelo Decreto n° 4.388 de 25 de setembro de 2002.

maioria dos membros da corte "era entretanto pouco receptiva à idéia de que a norma assecuratória de algum outro direito, quando expressa em tratado, tivesse nível constitucional. Isso resultava provavelmente da consideração de que, assim postas as coisas, a carta estaria dando ao Executivo e ao Congresso, este no *quórum* simples da aprovação de tratados, o poder de aditar à lei fundamental; quem sabe mesmo o de mais tarde expurgá-la mediante denúncia do tratado [...].[191]"

Muitos dos casos do Supremo Tribunal Federal relacionados ao direito internacional no período anterior à 2008 discutiam a prisão do depositário infiel, em face dos dispositivos do Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos ratificados pelo Brasil em 1992. Nesses casos, conforme relatado detalhadamente no item 4.1. abaixo, até 2008, o Supremo Tribunal Federal seguiu o entendimento manifestado pelo Min. Moreira Alves, no HC 72.131, julgado em 1995. Segundo tal entendimento, os referidos tratados internacionais tinham hierarquia de lei ordinária, mas tinham caráter geral e portanto não poderiam revogar os dispositivos legislativos que regulavam a prisão civil do depositário.

Além disso, nesse período, o Supremo Tribunal Federal afirmou a possibilidade, que havia sido aventada em outros casos[192], de exercer controle de constitucionalidade abstrato sobre os tratados internacionais. Em 1997, a Confederação Nacional do Transporte e a Confederação Nacional da Indústria ajuizaram ação direta, com pedido liminar, pela inconstitucionalidade parcial dos decretos que aprovaram e promulgaram a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho. De acordo com os autores, os artigos 4º a 10 da Convenção, que regulavam e limitavam o término da relação de trabalho, estavam em conflito com o art. 7º, I[193], da Constituição e com o artigo 10, I, do ADCT/88. Alegavam que a Constituição exige que a regulação da despedida arbitrária ou sem justa causa seja feita por lei complementar e que, portanto, não poderia ocorrer por meio tratado. Sob o aspecto material,

---

[191] F. REZEK. *Direito Internacional Público*: Curso Elementar, 10a Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 102.

[192] Ver, por exemplo, o voto do Ministro Maurício Corrêa no HC 72.131, julgado em 1995, p. 8688: "Uma norma decorrente de tratado, face à Constituição, pode perfeitamente padecer de vício de inconstitucionalidade, e pois sujeitar-se ao controle do Supremo Tribunal Federal."

[193] Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

argumentavam que os referidos dispositivos da Convenção, ao prever a possibilidade de reintegração compulsória do empregado arbitrariamente demitido divergiu da norma constitucional que estabelece a garantia da indenização compensatória.

A Presidência da República levantou como questões preliminares (i) "a inadmissibilidade do controle abstrato de constitucionalidade, por tratar-se de Convenção internacional destituída de normatividade" e (ii) a "falta de competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar a constitucionalidade da Convenção, que, por ser ato internacional de caráter multilateral, transcende a esfera jurídica de interesse meramente unilateral do Estado brasileiro"[194], e que portanto o controle de constitucionalidade de tais normas afetaria "as relações normativas já estabelecidas, entre diversos Países signatários, no plano internacional"[195].

O Min. Relator Celso de Mello afastou de plano a preliminar de inadmissibilidade de controle abstrato:

> "Também não se mostra acolhível a preliminar concernente à alegada inadmissibilidade do controle abstrato de constitucionalidade da Convenção nº 158/OIT, por se qualificar – consoante sustentam as informações do Presidente da República – como tratado-contrato. [...]
>
> Impõe-se reconhecer, desde logo, que a Convenção nº 158 qualifica-se como ato internacional de conteúdo essencialmente normativo, veiculador de regras gerais, abstratas e impessoais, destinadas – enquanto consubstanciadoras de verdadeiras diretrizes de legislação – à observância dos Estados-Partes."

Ainda que a questão da submissão dos tratados internacionais à Constituição tivesse sido afirmada pelo Supremo Tribunal Federal em outros casos, este é o primeiro caso de controle abstrato sobre tratado ou convenção de que se tem notícia. A ementa do acórdão é indicativa da importância da decisão a este respeito:

> "É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a

[194] Ação Direita de Inconstitucionalidade 1.480, julgada em 26 de junho 2001, Relator Ministro Celso de Mello, p. 10.
[195] Idem, p. 230.

questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em conseqüência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. - O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência. PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em conseqüência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação

> alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. - O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio pacta sunt servanda, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em conseqüência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno."

No mérito, o Supremo Tribunal Federal acabou por dar à Convenção interpretação conforme a Constituição, entendendo que este tratado não impõe aos Estados parte que a reintegração seja a única consequência da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho. Além disso, o tribunal entendeu que sua aplicabilidade no plano doméstico dependeria de regulamentação legislativa.

3.6. Emenda Constitucional nº 45/2004

O panorama do direito internacional na ordem jurídica interna no Brasil passou a se transformar ao longo dos anos 2000, com a crescente valorização do regime internacional de direitos humanos. Além disso, muito se debatia sobre a interpretação do §2º do art. 5º da Constituição Federal e a posição hierárquica dos tratados de direitos humanos. No Supremo Tribunal Federal, essa questão se colocava principalmente nos casos que discutiam a prisão civil do depositário infiel, relatados em detalhe no capítulo 4. Esses fatores culminaram na aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida como a Emenda da Reforma do Judiciário, que, entre uma série de outras iniciativas não diretamente relacionadas ao direito internacional, buscou esclarecer essa questão. Segundo o parecer da Deputada Zulaiê Cobra, a sugestão veio do Ministro Celso de Mello, que à época do parecer ocupava a presidência do Supremo Tribunal Federal:

> "Buscando a efetividade da prestação jurisdicional, acolhemos também sugestão do Ministro Celso de Mello, Presidente do Supremo Tribunal Federal, no sentido da outorga explícita de hierarquia constitucional aos tratados celebrados pelo Brasil, em matéria de direitos humanos, à semelhança do que estabelece a Constituição argentina (1853), com a reforma de 1994 (art. 75, nº 22), introdução esta no texto constitucional que afastará a discussão em torno do alcance do art. 5º, §2º."[196]

O próprio ministro chegou a comentar o ocorrido durante o julgamento do HC 87.585, enquanto argumentava pela concessão de status constitucional ao Pacto de São José da Costa Rica[197].

Com esse objetivo, o §3º do art. 5º, introduzido pela Emenda nº 45, teve a seguinte redação:

> "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."

No entanto, a introdução desse dispositivo não resolveu, nem na doutrina e nem no Supremo Tribunal Federal, a discussão a respeito da hierarquia dos tratados internacionais. Pelo contrário, cada uma das correntes do debate interpretou o texto introduzido pela Emenda nº 45 como o acolhimento de seu próprio entendimento. Além disso, a aprovação da Emenda nº 45/2004 fez surgir uma série de questionamentos a respeito da sua aplicação, como bem resume Ingo Wolfgang Scarlet[198]. Segundo o autor, a interpretação da Emenda nº 45 cria uma série de questões a respeito da aplicação parágrafo 3º, incluindo os efeitos em relação a

---

[196] Relatório da Deputada Zulaiê Cobra à Proposta de Emenda à Constituição nº 96-A, de 1992 (Apensas as PECs nº 112-A/95, nº 215-A/95; nº 368-A/96 e nº 500-A/97. Diário da Câmara dos Deputados – Suplemento, 14 de dezembro de 1999, p. 846. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos;jsessionid=0CD7107FF9F5AFE9A9A4DB0841329943.node1?idProposicao=14373>. Acesso em 18 de ago. 2013.

[197] HC 87.585, Voto do Min. Celso de Mello: "Quando Presidente do Supremo Tribunal Federal (1997/1999), tive a honra de ver acolhida, pela eminente Deputada Zulaiê Cobra, então Relatora da Comissão Especial da Reforma do Poder Judiciário, em Substutivo que ofereceu à PEC n° 96/1992, proposta que sugeri àquela Comissão da Câmara dos Deputados, no sentido de conferir qualificação jurídico-constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, objetivando, com tal sugestão, superar a polêmica doutrinária e jurisprudencial em torno do alcance do §2° do art. 5° da Constituição," (pp. 287-288)

[198] I. W. SCARLET. Algumas Notas Introdutórias sobre a Incorporação e a Hierarquia dos Tratados em Matéria de Direitos Humanos na Ordem Jurídica Brasileira, Especialmente em Face do Novo Parágrafo 3º do Art. 5º da Constituição de 1988, *Revista dos Tribunais*, 2007.

tratados anteriores, o processo legislativo aplicável e a própria definição de tratados de direitos humanos.

Discute-se, por exemplo, se o Congresso teria, no momento de votar a aprovação de um tratado, a opção de escolher entre o procedimento previsto no §3º do art. 5º ou a tramitação normal, aprovando o tratado como matéria de legislação ordinária, ou, se diante de tratado de direitos humanos seria obrigado a observar o procedimento de emenda constitucional. André Ramos Tavares adota este último posicionamento:

> "[N]ão cabe ao Congresso Nacional a opção acerca do rito, a opção acerca da hierarquia que o tratado ou convenção assumirá, se constitucional ou, ao contrário, de uma singela legislação ordinária, cuja internalização é formalizada, por via de decreto legislativo. [...] Do contrário, se de uma opção se tratasse, ter-se-ia uma alteração constitucional sem qualquer utilidade, pois sempre pôde o Congresso Nacional aprovar, como emenda constitucional, novo direito fundamental, incorporando-o ao rol trazido pela Constituição de 1988."[199]

O debate a respeito do procedimento se estende também a eventual denúncia de tratado aprovado nos termos do §3º do art. 5º. Enquanto alguns defendem que seria necessária a aprovação do Congresso, pelo mesmo quórum[200], Francisco Rezek argumenta que tais tratados não estariam sujeitos à denúncia pelo Brasil:

> "Não haverá quanto a semelhante tratado [os de direitos humanos aprovados nos termos do art. 5º, §3º] a possibilidade de denúncia só pela vontade do Executivo, nem a de que o Congresso force a denúncia mediante lei ordinária [...], e provavelmente nem mesmo a de que se volte atrás por meio de uma repetição, às avessas, do rito da emenda à

---

[199] A. R. TAVARES. *Curso de Direito Constitucional*, 10a Ed. São Paulo: Editora Saraiva 2012, p. 561.

[200] P. LENZA. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2010. "[Q]ual a diferença entre os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados (ou confirmados) em cada Casa do Congresso, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros e aqueles, também sobre direitos humanos, mas que não seguiram a aludida formalidade?
A diferença estará no procedimento de denúncia (ato de retirada do tratado). Enquanto aqueles que seguiram um procedimento mais solene dependem de prévia autorização do Congresso nacional, também em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, em cada uma das suas Casas, os outros (nos mesmos termos daqueles que não tratam sobre direitos humanos) poderão ser denunciados normalmente pelo Executivo, sem a prévia autorização do Congresso Nacional." (p. 498)

> carta, visto que ela mesma se declara imutável no que concerne direitos dessa natureza."[201]

Outra questão importante que já estava presente antes da Emenda nº 45, no §2º do art. 5º, mas que se tornou ainda mais relevante com a introdução do §3º do mesmo artigo, foi a definição de quais seria os tratados considerados "de direitos humanos". O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de abordar esta questão no Recurso Extraordinário 297.901-RN, julgado em 7 de março de 2006. O caso discutia o prazo prescricional para ação de indenização de passageiro contra companhia aérea e o eventual conflito entre o prazo estabelecido no Código de Defesa (cinco anos) do Consumidor e a Convenção de Varsóvia sobre Transporte Aéreo (que previa prazo de dois anos). A recorrente Viação Aérea São Paulo – VASP, alegou que a decisão da Turma Recursal dos Juizados Especiais de Natal, que considerou o prazo prescricional de cinco anos, violava os arts. 5º, §2º e 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") da Constituição Federal. Alegou ainda que "prevalecem, no âmbito interno, as normas estabelecidas em tratados internacionais, pois estes têm hierarquia superior às leis"[202]. Nos termos do voto da Min. Relatora Ellen Gracie, o tribunal entendeu não haver violação do art. 5º §2º, por considerar que a Convenção de Varsóvia não constitui tratado internacional relativo a direitos e garantias fundamentais. O tribunal fez referência ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004 de 1977, mas entendeu a Constituição, no seu art. 178, impõe a obrigação de a lei "observ[ar] os acordos firmados pela União."[203]

Uma das principais polêmicas trazidas pela introdução do § 3º do art. 5º diz respeito ao *status* dos tratados internacionais ratificados e promulgados no período anterior à Emenda nº 45. A questão, que como se verá a seguir foi enfrentada em 2008 pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos casos referentes à prisão civil do depositário infiel, dividiu a doutrina. Paulo Gustavo Gonet Branco é um dos autores que defende que tais diplomas normativos não tenham *status* constitucional, admitindo, no entanto, que tais tratados sejam

---

[201] F. REZEK. *Direito Internacional Público*: Curso Elementar, 10a Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 103.
[202] Recurso Extraordinário 297.901-RN, Relatora Min. Ellen Gracie, julgado em 7 de março de 2006, p. 540.
[203] Idem, p. 541.

submetidos a novo processo legislativo para que adquiram tal condição hierárquica[204]. Flávia Piovesan sustenta a posição contrária, e observa ainda que "os tratados de proteção dos direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004 contaram com ampla maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, excedendo, inclusive, o quórum dos três quintos dos membros de cada Casa. Todavia, não foram aprovados por dois turnos de votação, mas em um único turno de votação em cada Casa, uma vez que o procedimento de dois turnos não era tampouco previsto"[205]

Em 2009, foi ratificado o primeiro tratado de direitos humanos por quorum de emenda constitucional, conforme a previsão do §3º do art. 5º da Constituição Federal. Trata-se da Convenção sobe os Direitos dos Deficientes Físicos, ratificada pelo Decreto nº 6.949/2009, aprovada, em dois turnos, em cada Casa do Congresso Nacional, por mais de três quintos dos votos dos respectivos membros, sendo, portanto, equivalente à emenda constitucional. Assim, em tese, esse e qualquer outro tratado de direitos humanos aprovado nos termos do §3º do art. 5º poderia se tornar parâmetro para o controle de constitucionalidade.

Além do §3º discutido acima, a Emenda nº 45/2004 introduziu o §4º do art. 5º, com a seguinte redação: "[o] Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão". Alguns autores, entre eles André Ramos Tavares, consideram que essa mudança afeta o conceito tradicional de soberania do país: "apesar da recente ideia de soberania compartilhada, resultante da realização de comunidades de Estados (como a europeia), a submissão a um tribunal *penal* internacional não deixa de ser um paradoxo à declaração constitucional de soberania (arts. 1º, I e 4º, I da CB). Soa, a EC n. 45/2004, neste ponto, muito mais como uma autorrejeição de soberania, paradigma este que pode, ainda hoje, ser seriamente contestado em face do Direito Constitucional positivo."[206]

---

[204] P. G. G. BRANCO. *Curso de Direito Constitucional*, 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. "Os tratados aprovados antes da Emenda continuam a valer como normas infraconstitucionais, já que persiste operante a fórmula da aprovação do tratado com dispensa das formalidades ligadas à produção de emendas à Constituição da República. Nada impede, obviamente, que esses tratados anteriores à EC 45 venham a assumir, por novo processo legislativo adequado, status de Emenda Constitucional" (p. 148)

[205] F. PIOVESAN. Hierarquia dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF. In: 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora?, *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol.1, n. 6. Porto Alegre, 2008. p. 125.

[206] A. R. TAVAREZ. *Curso de Direito Constitucional*, 10a Ed. São Paulo: Editora Saraiva 2012, p. 563.

José Afonso da Silva esclarece, no entanto, que a submissão às decisões de tais tribunais não poderia sob nenhuma hipótese contrariar a Constituição:

> "Dizer que o Brasil se submete à sua jurisdição vale dizer que suas sentenças serão acatadas e executadas pelas autoridades brasileiras, salvo quando contrariarem frontalmente regras da Constituição – como é o caso, já observado, da pena perpétua. Nesse particular, a recepção constitucional do TPI tem relevância, porque espanca dúvida quanto à relação da jurisdição e dessa jurisdição internacional. Esta é de complementar em relação àquelas, mas, uma vez exercida, fica a jurisdição nacional obrigada a acatá-la e executá-la tal como uma decisão judicial interna, com a ressalva já consignada supra."[207]

A respeito §4º do art. 5º, destacam-se dois pontos de maior relevância para o presente trabalho. Primeiramente, cumpre observar que o tema também está na agenda do Supremo Tribunal Federal, já que o Tribunal Penal Internacional solicitou ao Supremo Tribunal Federal, por meio da Petição nº 4625, mandado de prisão contra o presidente República do Sudão, Omar al-Bashir, a ser executado se ele vier ao Brasil. O caso ainda não foi julgado, mas o Relator Min. Celso de Mello, no despacho de 19 páginas solicitando parecer da Procuradoria Geral da República, manifestou preocupação com uma série de questões, incluindo a competência originária do STF para analisar o assunto e a constitucionalidade da eventual entrega de al-Bashir, tendo em vista que o Estatuto de Roma permite, em alguns casos, a prisão perpétua, que é vedada no Brasil por cláusula pétrea. A segunda questão relevante em relação ao §4º é a de saber, por comparação, o *status* das decisões de outros tribunais internacionais. A redação do dispositivo é bastante vaga, e não estabelece uma diferença clara entre o tribunal internacional e outras cortes internacionais aos quais o Brasil já se submeteu por tratado.

O presente capítulo teve como objetivo apresentar um retrato do desenvolvimento do texto constitucional e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do direito internacional. Nota-se que o período em que o Supremo Tribunal Federal dá indícios de maior abertura para o direito internacional é marcado por menor densidade de normas internacionais – a maioria dos tratados discutidos nesses casos trata de normas de tratados bilaterais de

[207] J. A. DA SILVA. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 181.

tributação. Ainda que não seja possível estabelecer aqui uma relação de causalidade entre a mudança na jurisprudência do Supremo e o abandono do entendimento de que os tratados internacionais teriam primazia em relação às normas domésticas, é verdade que essa mudança é acompanhada pela expansão e diversificação dos compromissos internacionais do Brasil. Assim, de 1977 a 2001, as decisões importantes do STF em matéria de direito internacional são uma reação ao posicionamento anterior tido como demasiadamente favorável a este ramo do direito e à proliferação da normativa internacional: igualam-se as leis aos tratados para combater a ideia de que os tratados seriam superiores, afirma-se a competência do Supremo para exercer controle de constitucionalidade sobre tratados internacionais.

Por sua vez, a Constituição de 1988 e a Emenda nº 45 trazem uma série de novas questões nunca antes discutidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em especial no que diz repeito ao disposto no art. 5º, §§2º e 3º, e o parágrafo único do art. 4º. O capítulo a seguir analisará a fundamentação utilizada pelo Supremo Tribunal em três casos que tratam destes dispositivos.

4. ESTUDO DE CASOS NA JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: PARA ONDE VAMOS?

Conforme já ressaltado anteriormente, nos últimos anos o número de casos relacionados a direito internacional no Supremo Tribunal Federal tem crescido substancialmente. As implicações dos compromissos internacionais assumidos e ratificados pelo Brasil entraram na pauta do tribunal de forma inédita, com o julgamento de uma série de casos em que se discute, sob diversas perspectivas, a relação entre direito interno e direito internacional. Nesse período, observou-se também uma mudança quantitativa no volume de casos perante o Supremo Tribunal Federal de alguma forma relacionados ao direito internacional[208].

A importância do direito internacional para as decisões do Supremo Tribunal Federal manifesta-se também no aumento das referências à jurisprudência de tribunais internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em algumas das suas decisões. Por meio do sistema de busca do Supremo Tribunal Federal foram encontradas 15 decisões que fazem referência a sentenças da Corte Interamericana[209], a primeira delas proferida em 2008. Quase metade das decisões são *habeas corpora* que envolvem processo penal perante a justiça militar e citam o caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, julgado em 2005, que estabelece padrões para a jurisdição penal militar e veda a submissão de um civil à jurisdição de tais tribunais. Outros casos relevantes decididos pelo Supremo Tribunal Federal recentemente com referência à jurisprudência da Corte Interamericana são a Pet 3.388, decidida em 19/03/2009, Relator Ministro Carlos Britto (*Raposa do Sol,* citando o caso *Awas Tingni*); ADPF 132 e ADPF 4227, ambos de relatoria do Ministro Carlos Britto, julgados em 05/05/2011 (*União Homoafetiva,* citando os casos *Loayza Tamayo versus Peru, Cantoral Benavides versus Peru, Gutiérrez Soler versus Colômbia*); a ADPF 153, Relator Ministro Eros Grau, decidido em 29/04/2010

[208] Ainda que esse não seja um indicador real da frequência em que o direito internacional é discutido no Supremo Tribunal Federal, é fato que mais da metade dos casos que resultam das buscas com os termos "direito internacional" e "tratado internacional" foram julgados a partir de 2005. Independentemente da ausência de pesquisa empírica nesse sentido, parece razoável supor que tem aumentado a frequência em que um diploma de direito internacional ou decisão de tribunal internacional é discutido na nossa corte constitucional.

[209] Pesquisa realizada em 28 de julho de 2013, utilizando o termo de busca "Corte Interamericana".

(discutindo a Lei da Anistia); ADPF 130, Relator Ministro Carlos Britto, julgado em 30/04/2009 (discutindo a Lei de Imprensa, citando Opinião Consultiva n. 7/86).

O enfoque deste trabalho é, no entanto, mais restrito. Entre os casos de maior destaque, três parecem tocar em questões especialmente complexas no que diz respeito à relação entre a ordem internacional e a ordem doméstica, julgados entre 2008 e 2010: os casos que tratam da prisão civil do depositário infiel (HC 87.585-8/TO, RE 466.343/SP e RE 349.703/RS, julgados conjuntamente), a ADPF nº 101, que trata da regulação da importação de pneus usados e remoldados e a ADPF nº 153, que discute Lei da Anistia. Apresento a seguir as principais características e posicionamentos de cada um desses casos no que diz respeito ao direito internacional.

Destaca-se que desde 2010, o Supremo Tribunal Federal julgou outros casos que também tem relevância para a definição da relação do tribunal com as normas de direito internacional, como o pedido de extradição de Cesare Battisti[210]. No entanto, entendo que os três casos acima tocam de maneira mais direta na relação entre, de um lado, o direito interno, e de outro, tratados e decisões proferidas por tribunais internacionais.

4.1. Prisão civil do depositário infiel e os tratados internacionais de direitos humanos

A prisão civil por dívida foi proibida pela Constituição de 1988, conforme disposto no art. 5º, inciso LXVII. Havia, no entanto, duas exceções à vedação à prisão civil: a prisão "do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel". Sobre a segunda parte deste inciso, o Código Civil de 1916, ao regular o depósito necessário, dispôs o seguinte:

[210] Cesare Battisti foi preso em 2007, no Rio de Janeiro, por ordem proferida pelo Ministro Celso Antonio de Mello, em decorrência de Pedido de Extradição no 1.085 ajuizado pela República Italiana. Cesare Battisti apresentou pedido de refúgio ao Comitê Nacional de Refugiados, que foi indeferido. O extraditando recorreu dessa decisão ao Ministro de Justiça, que por sua vez concedeu o pedido de refúgio. O pedido de extradição foi julgado em 16 de dezembro de 2009 e o STF considerou que o ato do Ministro da Justiça de conceder refúgio a Batistti constituía ato administrativo vinculado e estava portanto sujeito a controle jurisdicional. Nessa decisão, o STF deferiu o pedido de extradição, por considerar inválida a concessão de refúgio deferida pelo Ministro da Justiça, porém, por maioria de votos, estabeleceu a ressalva de que "a decisão de deferimento da extradição não vincula o Presidente da República".

> "Art. 1.287. Seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e a ressarcir os prejuízos (art. 1.273)."

Por sua vez, o Decreto Lei nº 911/1969, que regula o instituto da alienação fiduciária, fazia referência às disposições do Código Civil sobre depósito[211], incorporando as disposições relativas à prisão do depositário infiel. Destaca-se que no novo Código Civil de 2002 o artigo 652 reproduziu a redação do artigo 1.287[212].

Em 1992, o Brasil promulgou a Convenção Americana de Direitos Humanos[213] - também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica - e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos[214]. Ambos os tratados continham disposições proibindo a prisão civil por dívida de forma diferente da adotada pela Constituição Federal. Na Convenção Americana de Direitos Humanos, a proibição está no Art. 7.7[215] e comportava apenas uma exceção – a prisão por inadimplemento de obrigação de alimentos, e não a prisão do depositário infiel. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, por sua vez, proibia no seu art. 11 a prisão por inadimplemento de obrigação contratual[216].

A ratificação pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos deu início a amplo debate a respeito da "possibilidade de revogação, por tais diplomas internacionais, da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, especificamente, da expressão "depositário infiel", e, por consequência, de toda a legislação infraconstitucional que nele possui fundamento direto ou indireto"[217]. Além dessa discussão, casos relacionados à prisão do depositário infiel baseada no

---

[211] Decreto Lei no 911/1969, "Art 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá intentar ação de depósito, na forma prevista no Título XII, Livro IV, do Código de Processo Civil."

[212] Código Civil de 2002, "Art. 652. Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos."

[213] Aprovada pelo Decreto Legislativo n° 27 de 26 de maio de 1992 e promulgada pelo Decreto n° 678 de 6 de novembro de 1992.

[214] Aprovado pelo Decreto Legislativo n° 226 de 12 de dezembro de 1991 promulgado pelo Decreto No. 592 de 6 de julho de 1992.

[215] "Art. 7.7. Ninguém deverá ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar."

[216] "Art. 11. Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual."

[217] Voto do Min. Gilmar Mendes no RE 349.703, p. 709.

Decreto Lei nº 911/1969 discutiam se a alienação fiduciária poderia ser considerada contrato de depósito[218].

Como se verá a seguir, as questões dogmáticas enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal na discussão de legalidade da prisão do depositário infiel, em face do Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, tomou diversas formas, que podem ser resumidas nas perguntas abaixo:

(i) O Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, nos seus artigos 7.7 e 11, respectivamente, proíbem a prisão do depositário infiel? Em outras palavras, existe realmente incompatibilidade entre esses tratados e a legislação que prevê este tipo de prisão?

(ii) Ao proibirem a prisão civil por dívida, teriam os tratados contrariado a Constituição?

(iii) Qual o status hierárquico dos direitos estabelecidos pelos referidos tratados internacionais, tendo em vista o §2º do art. 5º da Constituição? (Após a Emenda n° 45/2004, considera-se também o §3º do mesmo artigo)

(iv) Se os tratados tem hierarquia de lei, teriam derrogado as disposições anteriores que estabeleciam a prisão do depositário infiel?

De forma geral, pode-se dizer que segundo o entendimento anterior a 2008, o entendimento majoritário no Supremo Tribunal Federal era no sentido de que os referidos

[218] Ver, e.g., M. G. FERREIRA FILHO. *A Prisão do depositário infiel na alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. **"**Ora, do art. 5º, LXVII claramente se depreende que a Lei Magna brasileira não põe a liberdade acima de qualquer crédito (ao contrário, prefere o crédito alimentício à ela); nem permite seja ela a justificativa para o abuso de confiança de quem tem nas mãos propriedade alheia (caso do depositário infiel). 27. Em vista do exposto, pode-se concluir que se coaduna perfeitamente com a Constituição (art. 5º, inc. LXVII) a possibilidade da prisão civil, como depositário infiel, do alienante fiduciário, nos termos dos art. 1.287 do C. Civ. E do art. 904, parágrafo único, do C. de Pr. Civ.
Nenhuma inconstitucionalidade macula estes preceitos. É o meu parecer." (p. 165). No sentido contrário: L. R. WAMBIER. Inconstitucionalidade da prisão civil prevista no artigo 885 do código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 15, n.59, 1990, p. 284-288. "Do exposto resulta a conclusão no sentido de que a prisão civil, prevista no art. 885 e seu parágrafo, do estatuto processual civil vigente, justamente porque amplia, sem o correspondente permissivo constitucional, as hipóteses de prisão civil, para além daqueles que, já em caráter de excepcionalidade, vêm previstos na Constituição Federal (LGL\1988\3), a, de todo, inconstitucional." (p. 3)

tratados internacionais proibiam a prisão do depositário infiel. Destaca-se, no entanto, que alguns ministros adotaram a posição de que os tratados não restringiam a prisão do depositário infiel. Os ministros dividiam-se a respeito do conflito com a Constituição Federal: ainda que o Ministro Moreira Alves (que, como se verá a seguir, expressou o entendimento da corte por quase quinze nos) entendesse que havia conflito, outros ministro entendiam que a norma constitucional apenas permitia a prisão do depositário infiel, mas não a impunha. No entanto, apesar de estes tratados terem sido, na maioria das decisões ao longo deste período até 2008, incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro depois das leis que regulavam a prisão do depositário infiel, constituíam lei geral e, portanto, não poderiam revogar lei geral. Os tratados era considerados como tendo hierarquia de lei ordinária.

A partir de 2008, muda a resposta à questão do conflito com a Constituição: passa a ser majoritário o entendimento de que o inciso LXVII do art. 5º não impõe a prisão civil do depositário infiel, apenas a permite, de forma que não haveria conflito com tratado internacional que a proibisse. Além disso, não se discute, em 2008, o caráter geral ou especial dos tratados e das leis que regulam a prisão do depositário infiel, já que os tratados de direitos humanos passam a ser considerados como tendo *status* supralegal. Vejamos a seguir a fundamentação de cada um destes casos em detalhe.

4.1.1. O entendimento anterior (HC 72.131)

O debate foi a julgamento no Supremo Tribunal Federal em 23 de novembro de 1995, data em que firmou o entendimento pela constitucionalidade da prisão do depositário infiel. Esta foi a primeira ocasião em que o tribunal discutiu a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos[219]. Nesse caso- o HC 72.131 - o tribunal seguiu o entendimento manifestado pelo Min. Moreira Alves, que após esclarecer a existência de depósito no instituto da alienação fiduciária, entendeu que o Pacto de São José da Costa Rica (i) não poderia contrariar

[219] Voto do Min. Francisco Rezek, p. 8695.

dispositivo da Constituição[220] e (ii) era lei geral, e portanto não se aplicava o princípio *lex posterior derrogat priori*:

> "Por fim, nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária a Convenção de San José da Costa Rica [...]. Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam no nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (o que ficou ainda mais evidente em face do artigo 105, III, da Constituição que capitula, como caso de recurso especial a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça como ocorre em relação à lei infraconstitucional, a negativa de vigência de tratado ou a contrariedade a ele), não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no artigo 5º, §2º, pela singela razão de que **não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado. Sendo, pois, mero dispositivo legal ordinário, esse §7º do artigo 7º da referida Convenção não pode restringir o alcance das exceções previstas no artigo 5º, LVII, da nossa atual Constituição** (e note-se que essas exceções se sobrepõem ao direito fundamental do devedor em não ser suscetível de prisão civil, **o que implica em verdadeiro direito fundamental dos credores de dívida alimentar e de depósito convencional ou necessário**), até para o efeito de revogar, por interpretação inconstitucional de seu silêncio no sentido de não admitir o que a Constituição brasileira admite expressamente, as normas sobre a prisão civil do depositário infiel, e isso sem ainda se levar em consideração que, sendo o artigo 7º, §7º, dessa Convenção norma de caráter geral, não revoga ele o disposto, em legislação especial, como é a relativa à alienação fiduciária em garantia [...]."[221] (destaques nossos)

Como se percebe da leitura do trecho acima, adota-se um entendimento de que o inciso LXVII do art. 5º da Constituição não apenas *permite* a prisão civil mas a *impõe*, como *direito fundamental dos credores*. O Min. Francisco Rezek, no entanto, adota a interpretação que seria anos mais tarde endossada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal: "[n]ão estou lendo na lei fundamental nada de semelhante a "Prenda-se o depositário infiel", mas apenas uma autorização para que o legislador ordinário, caso queira, tome esse caminho"[222]. Assim, Rezek não vê incompatibilidade entre o texto constitucional e a Convenção Americana de

---

[220] A este respeito, ver também voto do Min. Celso de Mello: "A indiscutível supremacia da ordem constitucional brasileira sobre tratados internacionais, além de traduzir um imperativo que decorre da nossa própria Constituição (art. 102, III, b), reflete o sistema que, com algumas poucas exceções, tem prevalecido no plano do direito comparado, que considera inválida a convenção internacional que se oponha, que restrinja o conteúdo eficacial ou que importe em alteração da Lei Fundamental" (p. 8731).
[221] Idem, pp. 8686-8687.
[222] HC 72.131, julgado em 23 de novembro 2001, Relator Ministro Marco Aurélio, p. 8696.

Direitos Humanos e portanto entende que restam derrogadas as disposições legislativas que estabeleciam a prisão civil do depositário infiel[223].

Assim como o Min. Francisco Rezek, o Min. Marco Aurélio também sustentou que o Pacto de São José da Costa Rica teria derrogado o Decreto Lei nº 911/69 no que diz respeito à prisão do devedor fiduciário, pelo princípio *lex posterior derrogat priori*:

> "De qualquer forma, no magistério de Francisco Rezek, veiculado em Direito dos Tratados, uma vez promulgada, a convenção passa a integrar a ordem jurídica em patamar equivalente ao da legislação ordinária. Assim, a nova disciplina em matéria, ocorrida a partir de 6 de novembro de 1992, implicou a derrogação do Decreto-Lei nº 911/69, no que se tinha como abrangente da prisão civil na hipótese de alienação fiduciária. O preceito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, limitador de prisão por dívida, passou a viger com estatura de legislação ordinária, suplantando, assim, enfoques em contrário, relativamente a essa última, até então em vigor."[224]

O Min. Carlos Velloso vai mais longe, ao conceder status constitucional aos direitos fundamentais estabelecidos no Pacto de São José da Costa Rica, em virtude do §2º do artigo 5º da Constituição. Nesse sentido, afirma o ministro:

> "São três as vertentes, na Constituição de 1988, dos direitos e garantias: a) direitos e garantias expressos na Constituição; b) direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição; c) direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais firmados pelo Brasil (C.F., art. 5º, §2º).
>
> Se é certo que, na visualização dos direitos e garantias, é preciso distinguir, mediante o estudo da teoria geral dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais materiais dos direitos fundamentais puramente formais, conforme deixei expresso em voto que proferi nessa Corte, na ADI 1.497/DF e em trabalho doutrinário que escrevi [...] – se é certo que é preciso distinguir os direitos fundamentais dos puramente formais, não é menos certo, entretanto, que, no caso, estamos diante de direito fundamental material, que diz respeito à liberdade. Assim, a Convenção de São José da Costa Rica, no ponto, é vertente de direito fundamental. É dizer, o direito assegurado no art. 7º, item 7, da citada

[223] HC 72.131, julgado em 23 de novembro 2001, Relator Ministro Marco Aurélio, p. 8696
[224] HC 72.131, julgado em 23 de novembro 2001, Relator Ministro Marco Aurélio, p. 8664.

> Convenção, é um direito fundamental, em pé de igualdade com os direitos fundamentais expressos na Constituição."[225]

Um dos únicos ministros que abordou diretamente o argumento de que o §2º do artigo 5º teria elevado os direitos estabelecidos no Pacto de São José da Costa Rica ao nível constitucional, o Min. Maurício Corrêa manifesta temor pela soberania do país:

> "[N]ão empresto ao artigo 7º, item 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) o elastério que se pretende dar ao seu conteúdo, a pretexto do §2º do artigo 5º da CF, sobre os direitos e garantias concedidos pelo ordenamento constitucional, a respeito dos compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte.
>
> Elevar à grandeza de ortodoxia essa hermenêutica seria minimizar o próprio conceito de soberania do Estado-povo na elaboração de sua Lei Maior."[226]

Em que pese a redação do artigo 7, item 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos ser clara e taxativa, o mesmo ministro apresenta também intrigante interpretação do referido dispositivo, afirmando que "[a]o se referir que ninguém será preso por dívida, evidentemente que se está a dizer pleonasticamente, aquilo que a tradição constitucional pátria já consagrou, e de resto o mundo, de que ninguém será preso porque deixou de pagar uma obrigação contraída nas relações negociais que envolve o dia-a-dia das pessoas nos múltiplos intercâmbios de atividade econômica, quando não abrangidas por situações jurídicas especiais e particularíssimas"[227]. O Min. Ilmar Galvão também entendeu que o Pacto de São José da Costa Rica não pretendeu proibir a prisão "pelo inadimplemento da obrigação de restituir o bem depositado"[228].

---

[225] HC 72.131, julgado em 23 de novembro 2001, Relator Ministro Marco Aurélio, pp. 8719-8720.
[226] HC 72.131, julgado em 23 de novembro 2001, Relator Ministro Marco Aurélio, p. 8688.
[227] HC 72.131, julgado em 23 de novembro 2001, Relator Ministro Marco Aurélio, p. 8689. No mesmo sentido, afirma o ministro que "[o]s países firmatários dessa Convenção, devidamente convencidos dos avanços e progressos da ordem sócio-jurídico-econômica do mundo, não subscreveriam o instrumento se outro sentido fosse dado ao que genericamente se traduz e se compreende como sendo prisão civil por dívida" (p. 8690).
[228] HC 72.131, julgado em 23 de novembro 2001, Relator Ministro Marco Aurélio, p. 8703.

Além disso, os ministros Marco Aurélio[229], Francisco Rezek[230], Carlos Velloso[231] e Sepúlveda Pertence[232] concluíram pela inconstitucionalidade da prisão do devedor em contrato de alienação fiduciária por ausência de efetivo depósito, e portanto pela ausência da figura do depositário infiel. Por fim, tendo sido vencidos estes ministros, o tribunal indeferiu, por maioria de votos, o pedido de habeas corpus.

Dessa decisão seguiram incontáveis outras no mesmo sentido, como o RE 206.482, RE 253.071, HC 74.875, HC 75.925, HC 76.712, HC 77.387. HC 74.473-1; 70.718-11; 74.739-6; 74.437-7; 70.718-1; RE 201.820-1; e RE 199.782-6.

4.1.2. A mudança jurisprudencial em 2008

Este posicionamento do Supremo Tribunal Federal foi duramente criticado pela doutrina nacional, que já em 1995 era dividida sobre esta questão[233]. Ademais, passou a ser cada vez mais frequente que os tribunais estaduais adotassem a posição contrária, no sentido de que o Pacto de São José da Costa Rica teria derrogado as disposições legislativas que

---

[229] HC 72.131, julgado em 23 de novembro 2001, Relator Ministro Marco Aurélio, p. 8659. "Interpreto a Constituição tal como ela se revela, ou seja, como a consubstanciar, no caso, uma garantia constitucional, voltada não à proteção patrimonial de certos credores, como se contemplados com verdadeiro privilégio, mas à pessoal dos devedores. A prisão por dívida civil somente é viável quando constatada a inadimplência voluntária de obrigação alimentícia ou o descumprimento de contrato de depósito. O contrato de alienação fiduciária não a enseja."

[230] pp. 8696-8697. "Recordo as hipóteses legais de depósito, aquelas não convencionais; todas elas dizem de situações em que a conduta do infiel é efetivamente reprovável. […] O caso da alienação fiduciária em garantia é radicalmente diferente disso."

[231] p. 8707: "[A] alienação fiduciária em garantia, ao transferir ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada […] e ao tornar o devedor-fiduciante em depositário, estabelece mera ficção".

[232] p. 8745-8746: "[A] admissibilidade, segundo a Constituição, da prisão por dívida de alimentos e da prisão do depositário infiel não é cheque em branco passado ao legislador ordinário. […] [O] que há, no Decreto-lei n° 911, é a outorga ao credor, ao financiador, de um direito real, é verdade, mas de um direito de garantia, próximo ao direito de propriedade, na medida em que lhe dá algumas prerrogativas de proprietário, mas que não se identifica com o domínio."

[233] Ver, e.g., L. F. GOMES. *Prisão civil do depositário infiel,* Folha de São Paulo, 8 de julho de 1995, Segundo o qual teria ocorrido derrogação da prisão do depositário infiel, por conta do princípio do lex posterior derogat priori. No sentido contrário: Odmir Fernandes, *Legalidade da prisão do depositário infiel,* Folha de São Paulo, 15 de julho de 1995.

permitem a prisão do depositário infiel, e o próprio Superior Tribunal de Justiça passou a adotar tal posição[234].

No entanto, em 3 de dezembro de 2008, o STF julgou de forma conjunta o HC 87.585-8/TO[235] (relator Ministro Marco Aurélio), o RE 466.343/SP[236] (relator Ministro Cezar Peluso), e o RE 349.703/RS[237] (relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes), conferindo ao Pacto de San Jose da Costa Rica caráter de superioridade em relação às leis.

Esta decisão foi determinante para o tema do presente trabalho, já que, por um lado, representa uma mudança no entendimento da corte e, por outro lado, ainda que todos os ministros tenham concordado a respeito do resultado da decisão[238], suas motivações são bastante distintas, gerando incerteza a respeito de como serão decididos os casos futuros e, principalmente sobre se determinados tratados de direitos humanos possuem hierarquia constitucional, podendo servir de base para provocar o controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.

O mais antigo desses casos, o RE 349.703, teve seu julgamento iniciado em 2003. Nessa altura, os ministros Moreira Alves e Sidney Sanchez apresentaram antecipação de seus votos, mantendo o entendimento adotado no HC 72.131. Moreira Alves afirmou ainda que "sem a prisão civil, o instituto da alienação fiduciária se enfraquece extremamente, e se trata

---

[234] S. DE FREITAS. *Prisão por calote contrapõe STF e STJ: tribunais divergem sobre cadeia para pessoa que deixa de pagar empréstimo ou não devolve bem,* Folha de São Paulo, 9 de agosto de 1999.

[235] Destaca-se que, diferentemente dos outros, esse caso não envolve alienação fiduciária. Em 29 de agosto de 2007, o Min. Marco Aurélio proferiu seu voto, e o Min. Celso de Mello pediu vista dos autos. Em 12 de marco de 2008, o Min. Celso de Mello proferiu seu voto e o Min. Menezes Direito pediu vista dos autos. O julgamento foi concluído em 3 de dezembro de 2008, por votação unânime.

[236] Em 22 de novembro de 2006, o Min. Cezar Peluso proferiu seu voto, negando provimento ao recurso, acompanhado pelos ministros GIlmar Mendes, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandoski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio, tendo pedido vista dos autos o Min. Celso de Mello. Em 12 de março de 2008, o Min. Celso de Mello proferiu seu voto, tendo o Min. Menezes de Direito pedido vista dos autos. Em 3 de dezembro de 2008, foi concluído o julgamento negando provimento ao recurso, por votação unânime.

[237] Em 03 de abril de 2003, foram proferidos os votos dos ministros Ilmar Galvão, Moreira Alves e Sidney Sanches, tendo o Min. Gilmar Mendes pedido vista dos autos. Em 22 de novembro de 2006, foi proferido o voto do Min. Gilmar Mendes, acompanhado pelos ministros Cármem Lúcia, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, tendo o Min. Celso de Mello pedido vista dos autos. Em 12 de março de 2008, foi proferido o voto do Min. Celso de Mello, tendo o Min. Menezes Direito pedido vista dos autos. O julgamento do caso foi finalmente concluído em 3 de dezembro de 2008.

[238] Refere-se aqui aos ministros presentes naquela sessão. Os ministros Moreira Alves e Sidney Sanches haviam apresentado votos antecipados, pela legalidade da prisão do depositário infiel, no RE 349.703.

de uma garantia de acentuado caráter social para possibilitar o devedor de utilizar-se da coisa comprada, não podendo pagá-la integralmente"[239]. O Min. Ilmar Galvão também apresentou seu voto, indicando posição favorável à integração dos direitos fundamentais estabelecidos em tratados à constituição:

> "[...] certo que, no §2º do art. 5º, se tem uma norma de caráter aberto, que dá margem ao ingresso, no rol dos direitos e garantias fundamentais, a outros direitos e garantias provenientes dos tratados de proteção dos direitos humanos; ainda que se admita que tais tratados não têm o condão de emendar a Constituição, parecendo fora de dúvida, no entanto que podem adicionar novos princípios que equivalem às próprias normas constitucionais, como se estivessem nelas escritos, ampliando o que se costuma chamar de 'bloco de constitucionalidade', nas palavras de Canotilho [...]"

O julgamento foi suspenso, mediante pedido de vista do Min. Gilmar Mendes. O Min. Gilmar Mendes proferiu seu voto vista em dezembro de 2006, e apresentou a tese, que já havia sido aventada por Sepúlveda Pertence em caso anterior[240], de que os tratados de direitos humanos teriam sido incorporados no ordenamento jurídico brasileiro com hierarquia normativa superior às leis. O Min. Gilmar Mendes utilizou-se da Emenda nº 45 para desqualificar tanto a teoria de que os tratados teriam status constitucional (pois o §3º concedeu status constitucional apenas aos tratados aprovados com quórum de emenda), quanto a corrente que afirma que esse tipo de tratado teria o mesmo status que as leis ordinárias (já que a Emenda nº 45 evidencia a importância desse tipo de normas):

> "[P]arece que a discussão em torno do status constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a Reforma do Judiciário [...], a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do §3º ao art. 5º [...].
>
> Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

---

[239] RE 349.703, julgado em 3 de dezembro 2008, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, p. 697

[240] RHC 79.785/RJ, Voto do Min. Sepúlveda Pertence. "[…] tendo assim […] a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes."

> Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico." [...]
>
> [A] mudança constitucional ao menos acena para insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE nº 80.004/SE [...]"[241]

Em outro trecho, o Min. Gilmar Mendes explica que mesmo antes da Emenda n° 45/2004, a equiparação dos tratados de direitos humanos à lei ordinária já era tese 'anacrônica'[242]. Apesar de o ministro ter rejeitado a tese de que o §2º do art. 5º teria conferido status constitucional aos tratados de direitos humanos, afirma que tais tratados poderiam ser elevados ao nível constitucional se novamente votados pelo Congresso:

> "De qualquer forma, o legislador constitucional não fica impedido de submeter o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, tal como definido pela EC n° 45/2004, conferindo-lhes status de emenda constitucional."[243]

O Min. Gilmar Mendes conclui que a segunda parte do inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal não foi revogada pela ratificação, pelo Brasil, do Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. O que ocorre, no entanto, foi a derrogação dos dispositivos legais conflitantes com as disposições dos tratados[244]. Apesar de já ter, com essas considerações, afastado a aplicação das normas infraconstitucionais que estabelecem a prisão do depositário infiel, o Min. Gilmar Mendes apresenta argumentos adicionais. Afirma a prisão do depositário infiel viola o princípio da proporcionalidade[245],

---

[241] RE 349.703, julgado em 3 de dezembro 2008, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, p. 717.
[242] RE 349.703, julgado em 3 de dezembro 2008, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, p. 725.
[243] RE 349.703, julgado em 3 de dezembro 2008, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, p. 734.
[244] RE 349.703, julgado em 3 de dezembro 2008, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, pp. 733-734.
[245] Ver pp. 734 e ss, e principalmente p. 740: "Diante desse quadro, não há dúvida de que a prisão civil é uma medida executória de extrema coerção do devedor-fiduciante inadimplente, que não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*), em sua tríplice configuração: adequação (*Geeingnetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito."

tendo próprio Decreto 911/1969 sido editado "em pleno regime de exceção"[246]. Atacou ainda a constitucionalidade da prisão do depositário infiel pela perspectiva da reserva legal estabelecida pela constituição: "[a] Constituição atribui ao legislador a tarefa de dar conformação legal à figura do depósito, mas proíbe-o de desfigurar ou redesenhar esse instituto em termos demasiado restritivos para o depositário."[247] Assim, o voto do Min. Gilmar Mendes retoma argumento que já havia sido feito nos votos vencidos dos ministros Marco Aurélio, Francisco Rezek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, em 1995, como descrito anteriormente.

Por sua vez, o Min. Marco Aurélio, relator do HC 87.585, entendeu que o inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal não era auto-aplicável, e portanto necessitava de regulamentação por lei. Entendeu também que o Pacto de São José da Costa Rica teria revogado as normas que regulamentavam a prisão do depositário infiel.[248]

O Min. Celso de Mello, que havia antes defendido a constitucionalidade da prisão do depositário infiel, mudou radicalmente de posição, ressaltando que as exceções previstas no inciso LXVII do art. 5º não vinculam o legislador ordinário, ou seja, "meramente permitem – mas não obrigam – a instituição" da prisão civil[249]. Retomando o desenvolvimento do entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação aos tratados, o Min. Celso de Mello concede caráter constitucional aos tratados de direitos humanos (independentemente de sua ratificação ter ocorrido antes ou depois da Emenda nº 45):

> "Não custa rememorar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, em diversos precedentes, assumiu posições que oscilaram no tema pertinente às relações entre as fontes normativas de direito internacional e aquelas de direito interno.

---

[246] RE 349.703, julgado em 3 de dezembro 2008, Relator Ministro Carlos Ayres Britto p. 743.
[247] Idem, p. 758. Ver também: "A inexistência de reserva legal expressa no art. 5o, inciso LXVII, porém, não concede ao legislador carta branca para definir livremente o conteúdo desse direito. Não há dúvida que existe um núcleo ou conteúdo mínimo definido constitucionalmente e vinculante para o legislador. […] [A] expressão "depositário infiel" possui um significado constitucional peculiar que não pode ser menosprezado pelo legislador". (p. 750).
[248] HC 87.585, p. 240.
[249] HC 87585, p. 264.

> Com efeito, esta Suprema Corte, ao interpretar o texto constitucional, atribuiu, em determinado momento (décadas de 1940 e 1950), superioridade às convenções internacionais em face da legislação interna do Brasil (Apelação Civil 7.872/RS, Rel. Min. Laudo de Camargo – Apelação Civil 9.587, Rel. Min. Lafayette de Andrada), muito embora em sensível mudança de sua jurisprudência viesse a reconhecer, em momento posterior (a partir da década de 1970), relação de paridade normativa entre as espécies derivadas dessas mesmas fontes jurídicas (RTJ 58/70 – RTJ 83/809 – RTJ 179/493-396, v.g.).
>
> Como precedentemente saliente neste voto, e após detida reflexão em torno dos fundamentos e critérios que me orientaram em julgamentos anteriores (RTJ 179/493-496, v.g.), evoluo, Senhora Presidente, no sentido de atribuir, aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, superioridade jurídica em faze da generalidade das leis internas brasileiras, reconhecendo, a referidas convenções internacionais, nos termos que venho de expor, qualificação constitucional."[250]

Ressalta-se que os Ministros Celso de Mello[251], Eros Grau[252] e Ellen Gracie[253] afirmaram que os tratados de direitos humanos em questão integravam o chamado "*bloco de constituticionalidade*", que é "*a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados*"[254]. Já os Ministros Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence entenderam que os tratados de direitos humanos teriam força supralegal, mas infraconstitucional[255], contrários à possibilidade de "controle de convencionalidade",

---

[250] HC 87.585, pp. 293-294.

[251] P. 278 do Acórdão do HC nº 87.585-8/TO, voto do Ministro Celso de Mello. Ver também: "Após longa reflexão sobre o tema em causa, Senhora Presidente – notadamente a partir da decisão plenária deste Corte na ADI 1.480-MC/DF, Rel Min. Celso de Mello (RTJ 179/493-496) -, julguei necessário reavaliar certas formulações e premissas teóricas que me conduziram, então, naquela oportunidade, a conferir, aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculada), posição juridicamente equivalentes à das leis ordinárias.
As razões invocadas nesse julgamento, no entanto, Senhora Presidente, convenceram-me da necessidade de se distinguir para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento jurídico positivo interno, entre convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de "supralegalidade", como sustenta o eminente Ministro Gilmar Mendes, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer, e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias)." (pp. 268-269)

[252] HC 87.585, julgado em 3 de dezembro 2008, Relator Ministro Marco Aurélio, p. 335.

[253] HC 87.585, julgado em 3 de dezembro 2008, Relator Ministro Marco Aurélio, p. 355-356, Voto da Ministra Ellen Gracie.

[254] HC 87.585, julgado em 3 de dezembro 2008, Relator Ministro Marco Aurélio, p. 278, Voto do Ministro Celso de Mello.

[255] HC 87.585, julgado em 3 de dezembro 2008, Relator Ministro Marco Aurélio, p. 338.

demonstrando grande preocupação com "o risco de produzirmos uma atomização de normas constitucionais" já que "identificados os tratados de direitos humanos como de hierarquia constitucional, passaremos a ter essas normas como parâmetro de controle, gerando, portando, um quadro de insegurança jurídica"[256].

Assim, modificou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, elevando os tratados de direitos humanos à nova categoria hierárquica no ordenamento brasileiro: algo entre a constituição e as leis. A respeito dessa mudança, é importante fazer algumas observações. A primeira é que ainda que o §3º do art. 5º, introduzido pela Emenda nº 45 não tenham sido o fundamento jurídico para tal novo status dos tratados internacionais, ele certamente tem um papel relevante em enfatizar, segundo os ministros, algo que já estava expresso no texto constitucional. Sobre a possibilidade de *status* constitucional a tais diplomas normativos, destaca-se a preocupação que alguns dos ministros, e nesse caso especialmente o Min. Gilmar Mendes mostra com o que aconteceria, na prática, com o controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal caso os tratados internacionais passassem a integrar o bloco de constitucionalidade. Essa questão, de como ocorreria na prática o controle da verificação da compatibilidade de uma determinada lei ou ao com a constituição e com os tratados de direitos humanos com *status* constitucional, é um dos desafios que o Supremo Tribunal Federal certamente terá de enfrentar. Isso porque, em primeiro lugar, o entendimento do próprio tribunal a respeito da posição hierárquica dos tratados de direitos humanos incorporados antes da Emenda nº 45 pode mudar: três dos ministros manifestaram-se nesse sentido à época, e outros apenas seguiram o voto do ministro relator Gilmar Mendes, sem expressar sua opinião sobre o ponto específico. Em segundo lugar, conforme já mencionado, já foi aprovado o primeiro tratado nos termos do §3º do art. 5º: a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência[257].

---

[256] HC 87.585, julgado em 3 de dezembro 2008, Relator Ministro Marco Aurélio, p. 305, explicação do Ministro Gilmar Mendes.

[257] Aprovada pelo Decreto Legislativo n°186, de 9 de julho de 2008, e promulgada pelo Decreto n° 6.949, de 25 de agosto de 2009.

4.2. ADPF nº 101: pneus remoldados, Mercosul e OMC

Em 2006, o Presidente da República ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101, com base no preceito fundamental de proteção ao meio ambiente, previsto no artigo 225 da Constituição Federal. A ADPF visa combater decisões judiciais proferidas nos tribunais inferiores, que autorizavam a importação de pneus usados para o Brasil, apesar de existirem diversas normas que proibissem essa atividade. As medidas restritivas do comércio impostas pelo governo brasileiro são motivadas pelo fato que os pneus usados e remoldados geram danos ao meio ambiente[258] e antes do julgamento pelo STF foram discutidas no âmbito do Mercosul e da Organização Mundial do Comércio.

O governo brasileiro tomou diversas medidas relacionadas à importação e utilização de pneus usados no país. Entre elas, a Resolução n.º 258 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), de 26 de agosto de 1999, obriga os produtores domésticos de pneus novos e importadores de pneumáticos a lhes darem uma destinação ambientalmente adequada. A Resolução CONAMA n.º 301 estendeu essa obrigação aos pneus remoldados importados. Em 2000, O Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, por sua vez, emitiu Portarias da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX)[259] proibindo a emissão de licença automática para entrada de pneus remoldados. Também foi promulgado Decreto Presidencial[260] impondo multa para a verificação de importação de pneus usados e reformados.

Insatisfeito, o Uruguai requereu a instauração de um Tribunal Arbitral *Ad Hoc* contra o Brasil no âmbito do Mercosul em 2001. Em 2 de janeiro de 2002, o Tribunal proferiu sentença decidindo que as medidas restritivas brasileiras eram incompatíveis com as regras do Mercosul e que o Brasil devia adaptar sua legislação e regulação interna para adequar-se a estas regras.

---

[258] F. MOROSINI. A Guerra dos Pneus. *Casoteca Latino-Americana de Direito e Política Pública*. pp. 1 e 2. Disponível em: <http://www.gvdireito.com.br/casoteca/casos.aspx?PagId=GTDJNNWM>. Acesso em 17 ago. 2013.

[259] Portarias da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) n.º 8, de 25 de setembro de 2000, e nº 17, art, 39, de 1 de dezembro de 2003.

[260] Trata-se do Decreto Presidencial n.º 3.919, de 14 de setembro de 2001, "que prevê multa de R$400 por unidade nos casos em que se verifica a importação de pneumáticos usados e reformados e estabelece, ainda, que incorrerá na mesma pena quem comercializa, transporta, armazena, guarda ou mantém em depósito pneumáticos usados e reformados, importados nessas condições.". [260] F. MOROSINI. A Guerra dos Pneus. *Casoteca Latino-Americana de Direito e Política Pública*. p. 2. Disponível em: <http://www.gvdireito.com.br/casoteca/casos.aspx?PagId=GTDJNNWM>. Acesso em 18 ago. 2013.

A decisão do Tribunal Arbitral *Ad Hoc* fez com que o Brasil estabelecesse a Portaria SECEX 14/2004, que permite a entrada de pneumáticos provenientes e originários de Estados-membros do Mercosul[261]. Assim, o Brasil passou a discriminar entre os pneus remoldados provindos de países do Mercosul, cuja importação era permitida, e os oriundos de outros países, cuja importação era proibida.

Na OMC, a Comunidade Europeia questionou as medidas brasileiras em 2006, inclusive a diferenciação da proibição de importação de certos tipos de pneus usados, salvo em relação aos outros países do Mercosul.

O Brasil alegou que as restrições impostas eram justificadas no art. XX(b) e (d) do GATT, pois eram medidas necessárias para proteger e vida e a saúde humanas e o meio-ambiente. Ademais, o país aduziu em sua defesa que os arts. XXIV e XX(d) do GATT autorizavam o Brasil a excepcionar os países do Mercosul destas medidas.

Inicialmente, o Painel da OMC reconheceu que a política adotada pelo Brasil discrimina entre os membros do Mercosul e os outros membros da OMC. No entanto, considerou que tal discriminação seria justificada, na medida em que foi estabelecida em função de decisão proferida no âmbito do Mercosul[262].

A Comunidade Européia levou a decisão ao Órgão de Apelação da OMC, que acatou o entendimento da Comunidade de que a arbitrariedade ou justificativa da discriminação entre membros do Mercosul e outros países deveria ser analisada considerando os objetivos das medidas adotadas – "*The assessment of whether discrimination is arbitrary or unjustifiable should be made in the light of the objective of the measure*"[263].

---

[261] Portaria SECEX 14/2004, Art. 40:
Não será deferida licença de importação de pneumáticos recauchutados e usados, seja como bem de consumo, seja como matéria-prima, classificados na posição 4012 da NCM, à exceção dos pneumáticos remoldados, classificados nas NCM 4012.11.00, 4012.12.00, 4012.13.00 e 4012.19.00, originários e procedentes dos Estados Partes do Mercosul ao amparo do Acordo de Complementação Econômica no 18.
[262] Relatório do Painel, parágrafos 7.281 e 7.289.
[263] Relatório do Órgão de Apelação, parágrafo 227.

Assim, o Órgão de Apelação considerou que a medida discriminatória aplicada pelo Brasil, baseada em sua obrigação de cumprir uma decisão do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, era contrária às regras de livre comércio da OMC:

> "In this case, the discrimination between MERCOSUR countries and other WTO Members in the application of the Import Ban was introduced as a consequence of a ruling by a MERCOSUR tribunal. The tribunal found against Brazil because the restriction on imports of remoulded tyres was inconsistent with the prohibition of new trade restrictions under MERCOSUR law. In our view, the ruling issued by the MERCOSUR arbitral tribunal is not an acceptable rationale for the discrimination, because it bears no relationship to the legitimate objective pursued by the Import Ban that falls within the purview of Article XX(b), and even goes against this objective, to however small a degree. Accordingly, we are of the view that the MERCOSUR exemption has resulted in the Import Ban being applied in a manner that constitutes arbitrary or unjustifiable discrimination."[264]

Assim, uma das questões que se coloca ao STF ao discutir a ADPF nº 101 é como lidar com as decisões de tribunais internacionais, especialmente nos casos em que a implementação de tais decisões implicaria violação de norma constitucional.

Em 24 de junho de 2009, a ação foi julgada parcialmente procedente pela maioria dos ministros, reconhecendo a constitucionalidade das normas e regulamentos que proibiam a importação de pneus usados e remoldados. Destaca-se, no entanto, que a decisão manteve o art. 40 da Portaria SECEX n. 14/2004, cujo parágrafo único excluía de maneira expressa a aplicação da proibição em relação às importações oriundas de países do Mercosul[265].

Ao justificar sua decisão, a Ministra Carmem Lúcia argumentou que o Mercosul teria fundamento no parágrafo único do art. 4 da Constituição Federal, que afirma que "A

---

[264] Relatório do Órgão de Apelação, parágrafo 228.

[265] "Art. 40. Art. 40. Não será deferida licença de importação de pneumáticos recauchutados e usados, seja como bem de consumo, seja como matéria -prima, classificados na posição 4012 da NCM, à exceção dos pneumáticos remoldados, classificados nas NCM 4012.11.00, 4012.12.00, 4012.13.00 e 4012.19.00, originários e procedentes dos Estados Partes do Mercosul ao amparo do Acordo de Complementação Econômica nº 18.

Parágrafo único. As importações originárias e procedentes do Mercosul deverão obedecer ao disposto nas normas constantes do regulamento técnico aprovado pelo Instituto de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro) para o produto, assim como nas relativas ao Regime de Origem do Mercosul e nas estabelecidas por autoridades de meio ambiente.

República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando a formação de uma comunidade latino-americana de nações".

Assim, o STF afirmou em diversas ocasiões que a decisão tomada no Tribunal Ad Hoc do Mercosul vinculava o país, e que portanto estava equivocada a decisão tomada no âmbito da OMC:

> "Quanto aos argumentos de que teria havido afronta ao princípio da isonomia no comércio internacional, decidiu o Órgão de Apelação que, ao aplicar sua medida proibitória com exclusão dos países do Mercosul, o Brasil teria praticado ato discriminatório. Revele-se, contudo que esse ponto não afeta a conclusão a se proferir na presente Arguição, embora, como é óbvio, se a adoção daquela providência relativa ao Mercosul decorre de irrecorrível decisão do Tribunal Arbitral ad hoc, não haveria que se falar em afronta ao princípio da isonomia relativamente aos demais Estados, menos ainda àqueles europeus, que não fazem parte do bloco. Ademais, esse bloco tem fundamento expresso no parágrafo único do art. 4º da Constituição brasileira [...]."[266]

Assim, enquanto a decisão do OMC é vista como equivocada e não relevante para a decisão do caso, reconhece-se a obrigatoriedade de cumprir com a decisão tomada no âmbito do Mercosul:

> "Repita-se, pois, não haver tratamento discriminatório nas relações comerciais adotado pelo Brasil. A única exceção – pneus remoldados dos Países do Mercosul – deveu-se a determinação do Tribunal ad hoc, à qual teve de se submeter o Brasil."[267]

Dessa forma, em que pese o STF ter reconhecido a existência de lesão ao preceito fundamental consubstanciado no direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a decisão na ADPF nº 101, além de manter o art. 40 da Portaria SECEX n. 14/2004, ao declarar inconstitucionais as interpretações judiciais que "afastando a aplicação daquelas normas, permitiram ou permitem a importação de pneus usados de qualquer espécie,

[266] ADPF 101, julgada em 24 de junho 2009, Relatora Ministra Carmen Lúcia, p. 68.
[267] ADPF 101, julgada em 24 de junho 2009, Relatora Ministra Carmen Lúcia, p. 113.

aí incluídos os remoldados, ressalva feita quando a estes aos provenientes dos Estados integrantes do MERCOSUL [...].”[268]

Tal postura levantou dúvidas dentro do próprio tribunal, como evidenciado na transcrição do debate entre os ministros:

> “O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Vossa Excelência, Ministra Cármem Lúcia, está excluindo aquelas importações no âmbito do Mercosul?
>
> A SENHORA MINISTRA CÁRMEM LÚCIA (RELATORA) – Sim. Aquelas que nem foram impugnadas aqui exatamente porque as relativas ao cumprimento irrecorrível da decisão do Tribunal Arbitral ad hoc não há como desfazer e, aliás, elas estão constando das normas.
>
> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Esse acordo se sobrepõe à Constituição, quanto ao meio ambiente nacional?
>
> A SENHORA MINISTRA CÁRMEM LÚCIA (RELATORA) – Não é um acordo; foi uma decisão de um tribunal, e a norma do art. 4º, parágrafo único, da Constituição exatamente distingue, diferencia o tratamento a ser dado a estes países do bloco. Tem fundamento constitucional, conforme devidamente comprovado.”[269]

Assim, o entendimento dos ministros demonstra especial deferência às normas e decisões adotadas no âmbito do Mercosul, colocando o bloco regional em patamar muito superior ao atribuído à Organização Mundial do Comércio. Como destacado acima, a regulação que adotou a exceção à proibição da importação de pneus remoldados no caso de importações oriundas do Mercosul foi mantida pelo STF, em que pese a corte ter reconhecido os preceitos fundamentais da saúde e direito a ambiente ecologicamente equilibrado.

---

[268] ADPF 101, julgada em 24 de junho 2009, Relatora Ministra Carmen Lúcia, p. 124.
[269] ADPF 101, julgada em 24 de junho 2009, Relatora Ministra Carmen Lúcia, pp. 201-202.PF nº 101, pp. 201-202.

4.3. ADPF nº 153: Lei de Anistia e a Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ("ADPF") nº 153 discutiu a possibilidade de responsabilização dos agentes da repressão do regime militar no Brasil, através da interpretação da Lei nº 6.683/1979, conhecida como Lei de Anisitia. O julgamento da ação, que envolve um dos mais trágicos períodos da história do país e gerou enorme repercussão na sociedade brasileira, ocorreu em 29 de abril de 2010. O tema também foi debatido, sob contornos distintos, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos no *Caso Gomes Lund e outros contra o Brasil*. O caso discutiu a responsabilidade do Brasil por violações à Convenção Americana de Direitos Humanos decorrentes de uma série de atos conhecidos como *Guerrilha do Araguaia* e foi decidido em 24 de novembro de 2010.

O caso da Lei da Anistia, ainda que apresentado de forma restrita à interpretação do art. 1º, §1º, confronta o Supremo Tribunal Federal com uma complexa questão de saber se a anistia foi um pacto supostamente necessário para a transição para um regime democrático, regime este que pretende se distanciar ao máximo da ditadura militar e proteger direitos e garantias por ela violados[270], e ao mesmo tempo tem sua origem a ela vinculada. A falta de harmonização entre quebra e continuidade do regime anterior é certamente um dos fatores que contribuiu para que esse embate fosse encubado por quase duas décadas e culminasse na ADPF nº 153 . Evidentemente, a ADPF nº 153 é mais uma iniciativa no contexto dos esforços para responsabilizar os agentes do regime militar e revelar a verdade sobre os fatos ocorridos durante o regime. A mobilização por tais iniciativas não foi restrita ao Brasil, tendo ocorrido em toda a América Latina.

Inicio o estudo do caso pelo panorama geral da propositura da ação e a explicação dos seus fundamentos. Em seguida, analiso as principais questões de direito internacional

---

[270] São muitos os exemplos na Constituição brasileira que anunciam a tentativa de criar uma nova ordem e prevenir qualquer situação semelhante à ditadura militar. Por exemplo, cito os dispositivos do art. 5o da Constituição Federal de 1988:
"XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura , o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;
XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático"

envolvidas, com especial atenção para o *amicus curiae* apresentado pelo CEJIL, cujas observações parecem ser uma das mais importantes forças para a inserção do direito internacional como elemento para o debate. Exponho brevemente as razões que levaram o Supremo Tribunal Federal a negar provimento à ADPF nº 153, com especial atenção ao tratamento dado ao direito internacional e às referências à Corte Interamericana.

4.3.1 Propositura da ADPF nº 153

Em outubro de 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs a ADPF contra o §1o do Art. 1º da Lei 6.683/1979, requerendo que o dispositivo fosse interpretado conforme a Constituição de 1988. A Lei 6.683/1979, conhecida como "Lei de Anistia" estabeleceu no seu art. 1º:

> "Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.
>
> **§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política**." (destaques nossos)

A ação criticava a redação ambígua do §1º acima transcrito e discutia a sua interpretação do termo "crimes conexos", para que não fossem incluídos nessa categoria os crimes comuns praticados contra os opositores do regime miliar pelos agentes da repressão e seus mandantes no governo. Nesse sentido, argumentou o Conselho Federal da OAB:

> "A conexão só pode ser reconhecida nas hipóteses de crimes políticos e crimes comuns perpetrados pela mesma pessoa (concurso material e formal), ou por várias pessoas em co-autoria. No caso, portanto, a anistia abrange os autores de crimes políticos ou contra a segurança nacional e, eventualmente, de crimes comuns a eles ligados pela comunhão de objetivos.

> **É fora de qualquer dúvida que os agentes policiais e militares da repressão política, durante o regime castrense, não cometeram crimes políticos**. [...]
>
> Escusado dizer que os agentes públicos, que mataram, toruraram e violentaram sexualmente opositores políticos, entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, não praticaram nenhum dos crimes definidos nesses diplomas legais, pela boa razão de que não atentaram contra a ordem política e a segurança nacional. Bem ao contrário, sob o prexto de defender o regime político instaurado pelo golpe militar de 1964, praticaram **crimes comuns** contra aqueles que, supostamente, punham em perigo a ordem política e a segurança do Estado"[271]

Os preceitos fundamentais violados, segundo o Conselho Federal da OAB, foram o princípio da isonomia em matéria de segurança, o da proibição de ocultar a verdade, o republicano, o democrátio e a dignidade da pessoa humana e do povo brasileiro. O cabimento da ADPF estava baseado na divergência de entendimento entre o Ministério da Justiça e o Ministério da Defesa na interpretação da lei. A ADPF nº 153 dividiu a opinião pública brasileira e o próprio governo. O Senado, o Ministério da Defesa e a Advocacia Geral da União manifestaram-se nos autos contra o recebimento do pedido formulado pela OAB no mérito, e também pela sua inadmissibilidade. Por sua vez, o Ministério da Justiça e a Casa Civil argumentaram pela procedência da ação. A Procuradoria Geral da República manifestou-se pelo conhecimento da ADPF, e no mérito pela improcedê

Cumpre destacar que a petição inicial da ADPF nº 153 não abordou expressamente a relevância do direito internacional para a questão jurídica debatida – há referência a tratados internacionais, com o objetivo de demonstrar que a tortura é "universalmente qualificada como prática aviltante"[272], e que portanto não poderia ter havido acordo que eximisse de responsabilidade os que praticaram tal ato. No entanto, o direito internacional foi referido em

---

[271] Petição inicial, pp. 14-15.

[272] Petição incial, p. 27. "A Assembléia Geral das Nações Unidas, após a revelação dos crimes cometidos pelos regimes totalitários, vencidos na Segunda Guerra Mundial, fixou na Declaração Universal dos Direitos Humanos o supremo mandamento de que **todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei** (Artigo VI). Como direta conseqüência, o Artigo V da mesma Declaração estatui que "**ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.**
A mesma Assembléia Geral das Nações Unidas julgou tão importante e fundamental essa declaração, que a desenvolveu na Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984, aprovada e ratificada em nosso País.
Se a tortura é, assim, universalmente qualificada como prática aviltante, que não dispensa punição, é inadmissível dar à Lei no 6.683 a interpretação ora questionada, pois ela implicaria, fatalmente, **a não-recepção desse diploma legal pela nova Constituição**.".

diversas outras ocasiões, especialmente na forma de *amicus curiae* submetido à Corte pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL). Além do CEJIL, foram admitidos como *amici curiae* a Associação Brasileira de Anistiados Políticos (ABAP) e a Associação Democrática e Nacionalista de Militares (ADNAM). Foram indeferidos os pedidos para realização de audiência pública.

4.3.2. Direito internacional na ADPF no 153

O CEJIL, em seu *amicus curiae*, baseou a pertinência do direito internacional para o caso em três questões. Em primeiro lugar, a supralidade dos tratados de direitos humanos, reconhecida pelo próprio Supremo Tribunal Federal em 2008, no caso do depositário infiel. Além disso, apresentou a interpretação que se dá às obrigações internacionais do sistema ONU e da OEA, dos quais o Brasil é membro.

Em relação à decisão do Supremo Tribunal Federal no caso de depositário infiel, afirmou que "a partir do reconhecimento da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro e a consequente abertura da Constituição à normativa e prática internacionais, estas passam a constituir importante instrumento para a efetivação da proteção dos direitos humanos no plano nacional"[273]. Além do voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes, que estrutura a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, citou também o voto do Min. Celso de Mello, que reconheceu status constitucional aos tratados de direitos humanos. Dessa "abertura constitucional com tratamento especial aos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos" resultaria que os direitos fundamentais estabelecidos por meio de tratados internacionais integrariam o "bloco de constitucionalidade"[274]. Referiu-se aos tratados dos quais o Brasil é parte e que são relevantes na análise do caso, notadamente o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

---

[273] CEJIL, Amicus Curiae, p. 10.
[274] CEJIL, Amicus Curiae, p. 10.

Nesse contexto, o CEJIL baseou seu pedido no direito à verdade, que "é um direito exercido não só pelas vítimas e por seus familiares, como também por toda a sociedade"[275]. Alertou para as formas como este direito tem sido interpretado no sistema da Organização das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos[276], resumindo que "os organismos internacionais têm defendido que a verdade deve ser restabelecida por meio de processos judiciais, o que muitas vezes tem sido impedido por medidas legislativas de âmbito interno, como leis de anistia"[277]. Estas ultimas seriam um obstáculo ao exercício deste direito e a sua aplicação para graves crimes contra os direitos humanos é contrária ao *jus cogens* e "condenada pelo sistema universal de direitos humanos, no âmbito da Organização das Nações

---

[275] CEJIL, Amicus Curiae, p. 13.

[276] "A atual evolução da visão progressiva do direito à verdade encontra seu principal motor no sistema de proteção da Organização das Nações Unidas (ONU). O "Conjunto de Principios Actualizados para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad", proclamado pela Comissão de Direitos Humanos da ONU em 1998, consagra o direito coletivo à verdade e o dever correspondente de recordar, por parte do Estado, de modo a prevenir futuras violações de direitos humanos e deformações históricas. Os Princípios se referem às vítimas e seus familiares, apontando que estes possuem "o direito imprescritível de conhecer a verdade acerca das circunstâncias em que se cometeram as violações e, em caso de falecimento ou desaparecimento, acerca do que ocorreu com a vítima" (tradução nossa), independentemente das ações que possam ajuizar perante a Justiça.

Mais recentemente, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, este direito à verdade também foi manifestamente reconhecido pela Assembléia Geral da OEA, mediante sua resolução "Direito à Verdade" adotada em 5 de junho de 2007. Na mesma, os Estados da região destacaram:

"[O] compromisso que deve adotar a comunidade regional a favor do reconhecimento do direito das vítimas de violações flagrantes aos direitos humanos e violações graves ao Direito Internacional Humanitário, bem como de suas famílias e da sociedade em seu conjunto, de conhecer a verdade sobre tais violações da maneira mais completa possível, em particular a identidade dos autores e as causas, os fatos e as circunstâncias em que ocorreram".

Considerando esse compromisso, a Assembléia Geral resolveu: "[r]econhecer a importância de respeitar e garantir o direito à verdade a fim de contribuir para acabar com a impunidade e promover e proteger os direitos humanos". […]

Dando continuidade a uma concepção moderna e progressiva do direito à verdade, no ano de 2006 o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos apresentou um documento entitulado "Estudio sobre el Derecho a la Verdade", no qual apontou que "o direito à verdade sobre as violações manifestas de direitos humanos e as infrações graves do direito humanitário é um direito autônomo e inalienável" (tradução nossa). […]

A Corte Interamericana também reconheceu o direito à verdade como um direito em si mesmo:

'A Corte tem reiterado que toda pessoa, incluindo os familiares das vítimas de graves violações de direitos humanos, tem o direito de conhecer a verdade. Conseqüentemente, os familiares das vítimas e a sociedade como um todo devem ser informados de tudo o que sucedeu com relação a tais violações. Nesse sentido, o direito à verdade vem sendo desenvolvido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos; ao ser reconhecido e exercido em uma situação concreta constitui um meio importante de reparação.

Portanto, neste caso, o direito de conhecer a verdade dá lugar uma expectativa de que o Estado deve satisfazer aos familiares das supostas vítimas'."

[277] CEJIL, Amicus Curiae, p. 16.

Unidas, pelo sistema interamericano, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, bem como pelo direito consuetudinário internacional"[278].

Nesse sentido, o Comitê de Direitos Humanos da ONU, criado pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos para supervisionar a sua implementação, já declarou em suas Observações Gerais que um ataque generalizado sistemático contra a população civil constituiria crime de lesa humanidade[279], posição reiterada em suas recomendações feitas a diversos países. Ainda segundo o Comitê, "os Estados-parte não podem eximir os autores [dessas violações] de sua responsabilidade pessoal, como ocorreu com determinadas anistias [...]. Além disso, nenhuma posição oficial justifica que pessoas que podem ser acursadas de responsabilidade por essas violações fiquem imunes de responsabilidade jurídica" [280]. Segundo o CEJIL, essas manifestações do Comitê de Direitos Humanos da ONU têm sido adotadas mesmo nos casos referentes a violações ocorridas antes da ratificação do Pacto pelo Estado em questão[281].

Por sua vez, o Comitê contra a Tortura, criado pela Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, também se manifestou no sentido de que "as anistias ou outros obstáculos que impedem julgar e punir com prontidão e imparcialidade os autores de atos de tortura ou maus tratos, ou deixam claro uma falta de vontade a respeito, infringem o caráter imperativo da proibição [contra a tortura]"[282].

Além disso, o CEJIL traz à baila o posicionamento adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação às leis de anistia na América Latina, inclusive em relação a crimes contra a humanidade ocorridos antes da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos pelos países em que ocorreram as violações. Na sua jurisprudência, as leis de anistia, quando interpretadas de forma a eximir de responsabilidade os que cometeram

---

[278] CEJIL, Amicus Curiae, p. 20.
[279] Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral n° 31, A índole da obrigação juridical geral imposta aos Estados Partes no Pacto, adotada em 29 de marco de 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13.
[280] Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral n° 31, A índole da obrigação juridical geral imposta aos Estados Partes no Pacto, adotada em 29 de marco de 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13.
[281] CEJIL, Amicus Curiae, p. 22.
[282] Comitê contra a Tortura, Observação Geral n°2, CAT/C/GC/2, 24 de janeiro de 2008, para. 5. (tradução livre de CEJIL, Amicus Curiae, p. 25).

graves violações de direitos humanos, violariam as obrigações assumidas pelos Estados-parte, incluindo a obrigação de "investigar , processar e punir" tais violações[283]. Segundo a Corte Interamericana, o direito à verdade está fundamentado nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que possuem a seguinte redação:

> "Artigo 8º - Garantias judiciais
>
> 1. 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. [...]
>
> Artigo 25 - Proteção judicial
>
> 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.
>
> 2. Os Estados-partes comprometem-se:
>
> a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
>
> b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
>
> c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso."

Em *Barrios Altos*, caso ajuizado contra o Peru, a Corte afirmou que a lei de anistia peruana era incompatível com os direitos estabelecidos pela Convenção Americana:

> "Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistia, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidade que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones

[283] CEJIL, Amicus Curiae, p. 27.

> forzadas, todas ellas prohibitas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos."[284]

A Corte também pode se manifestar sobre a lei de anistia chilena, tendo mantido o mesmo posicionamento. Note-se que tal entendimento é compartilhado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como evidenciado pela sua análise da lei de anistia de El Salvador (Report on the Human Rights Situation in El Salvador, Inter-Am. C. H. R., OEA/Ser.L/V/II.85, doc. 28 rev (1994).

Além disso, o CEJIL argumentou que as normas de *jus cogens* impõe a todos os Estados a obrigação de investigar, processar e punir os responsáveis por crimes contra a humanidade. Fez referência, nesse sentido, aos Princípios da Cooperação Internacional na Identificação, Detenção, Extradição e Punição dos Culpados por Crimes contra a Humanidade, adotados pela Assembléia da ONU em 1973, que afirmam que "os crimes contra a humanidade, sempre que cometidos, deve ser investigados e as pessoas contra as quais a provas de que cometeram tais crimes devem ser encontradas, presas, julgadas e, caso sejam consideradas culpas, devem ser punidas"[285]. Esclarecem que a obrigação de investigar, processar e punir a tortura, embora prevista expressamente na Convenção contra Tortura, já existia no direito internacional, conforme concluído pelo próprio Comitê contra a Tortura em 1989[286].

É importante destacar que o CEJIL abordou diretamente um ponto que foi crucial para a decisão da Corte Interamerica de Direitos Humanos: o desaparecimento forçado e o caráter permanente das violações. Argumentou-se pela imprescritibilidade do crime, de acordo com

---

[284] Caso *Barrios Altos v. Peru*, Sentença de 14 de marco de 2001, Série C N° 75, para. 41.

[285] Princípios da Cooperação Internacional na Identificação, Detenção, Extradição e Punição dos Culpados por Crimes contra a Humanidade, Princípio 1.

[286] Comitê contra a Tortura, *O.R., M.M e M.S. contra Argentina,* Comunicações 001/1988, 002/1988 e 003/1988, decisão de 23 de novembro de 1989, para 7.2. reproduzido em A/45/44 (1990), Anexo V: "Con respect a la prohibición de la tortura, el Comité recuerda los principios del fallo del Tribunal Internacional de Núremberg y se refiere al artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y al artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles e Políticos, que constituyen ambos normas de derecho internacional reconocidas por la mayor parte de los Estados Miembros de las Naciones Unidas, entre ellos Argentina. Por lo tanto, ya antes de la entrada em vigor de la Convención contra la Tortura existía una norma general de derecho internacional que obligaba a los Estados a tomar medidas eficaces para impeder la tortura y para castigar su práctica." (p. 115)

uma série de normas do direito internacional[287]. Estes foram, em suma, os principais argumentos levantados pelo CEJIL.

São dois os principais fundamentos para a procedência da ação levantados pelo CEJIL: o primeiro é o direito à verdade. Aqui cabe observar que o entendimento jurisprudencial solidificado na Corte Interamericana foi no sentido de que as leis de anistia dos países da América Latina violaram tal direito. A segunda questão é a obrigação de investigar e punir, expressa em uma série de tratados e também veiculada pelo *jus congens*. Essa obrigação, que também poderia ser entendida como parte do direito à verdade, tem fundamento nos diplomas internacionais que buscam coibir as práticas de genocío, tortura e outros crimes contra a humanidade. Como se verá a seguir, o Supremo Tribunal Federal em algumas ocasiões irá confundir a parte pelo todo, e considerar o argumento do CEJIL somente no que diz respeito à primeira questão.

4.3.3. Julgamento da ADPF nº 153

No dia 28 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal indeferiu o pedido formulado pelo Conselho Federal da OAB, por maioria de sete votos, tendo sido vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto, que entenderam pelo provimento parcial da ação. O caso envolve uma série de complexas questões jurídicas, muitas das quais não se relacionam diretamente com o direito internacional. Assim, apresento abaixo um panorama geral dos principais fundamentos jurídicos da decisão[288], antes de adentrar a questão específica do direito internacional.

A Advocacia Geral da União, o Ministério da Defesa e o Senado suscitaram diversas questões preliminares ao recebimento da ação: ausência de comprovação de controvérsia constitucional ou judicial quanto ao ato questionado; ausência de impugnação de todo o completo normativo relacionado ao tema; falta de indicação das autoridades responsávei pelos atos concretos de descumprimento de preceitos fundamentais; e a inutilidade de eventual

---

[287] Amicus Curiae CEJIL, p. 38.

[288] Para um mapeamento completo dos fundamentos da decisão, ver V. N. LUCCAS. *Mapa Argumentatico do Caso Araguai em Protocolo de Disputas*, Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2013.

decisão dando procedência a ação, por já estarem prescritos os crimes. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos e seguindo o parecer da Procuradoria Geral da União, rejeitou todas as preliminares alegadas. O único voto no sentido contrário foi do Min. Marco Aurélio, que entendeu pelo incabimento de ADPF para discutir a questão. A questão da prescrição, que se relaciona tanto às preliminares quanto ao mérito do caso, merece destaque pois se relaciona com o argumento trazido pelo CEJIL a respeito do desaparecimento forçado.

No mérito, o Supremo Tribunal Federal julgou a ação improcedente, por maioria de votos, tendo sido vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto. Ainda que a ementa tenha seguido o voto do relator, Min. Eros Grau, nota-se que mesmo entre os votos vencedores há muita discordância sobre as razões que levam à improcedência da ação.

O Min. Relator Eros Grau divide a exposição da petição inicial do Conselho Federal da OAB em duas linhas argumentivas: (i) dar ao §1º do art. 1º da Lei de Anistia interpretação conforme a Constituição e (ii) o não recebimento da Lei n. 6.683/1979 pela Constituição de 1988[289].

Um dos pontos centrais do voto do Min. Eros Grau, pela improcedência da ação, é a caracterização da Lei de Anistia como lei-medida. O argumento é o seguinte:

> "A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Essa afirmação aplica-se exclusivamente, contudo, à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas que chamamos de leis-medida."[290]

---

[289] Voto Eros Grau, Pp. 14-15. No entanto, o pedido da petição incial contém a seguinte redação: "Pelo exposto, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil pede:
a) a notificação do Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, para que emita o seu parecer, nos termos do art. 103, §1° da Constituição Federal;
b) a procedência do pedido de mérito, para que esse Colendo Tribunal dê à Lei n° 6.683, de 28 de agosto de 1979, uma interpretação conforme à Constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos e conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985)"
[290] Voto Eros Grau, p. 30.

Assim, os ministros Eros Grau e Cármen Lúcia[291] propuseram que a Lei de Anistia fosse analisada a partir do seu contexto histórico, e da intenção legislativa à época. Com base nessa linha de argumentação, o Min. Eros grau afirma que houve sim, ao contrário do que alegava o requerente, acordo político[292], que inclusive era aparentemente necessário já que, nas palavras do ministro, "[e]ra ceder e sobreviver ou não ceder e continuar a viver em angústia (ou, em alguns casos, nem mesmo viver"[293]. Os ministros enfatizaram o fato de que o próprio demandante, o Conselho Federal da OAB, participou da elaboração do projeto da Lei de Anistia, conforme parecer emitido à época pelo então Conselheiro Sepúlveda Pertence[294].

No esforço de compreender a Lei de Anistia no contexto da sua criação, afirmou o relator que a expressão "crimes conexos" do texto da lei tem sentido *sui generis* e não equivalente ao sentido corrente utilizado pela doutrina do direito penal[295]. A Min. Cármen Lúcia afirmou que não havia dúvida sobre "a não conexão técnico formal dos crimes de tortura com qualque outro crime, menos ainda de natureza política"[296], mas entendeu pela impossibilidade de se dar interpretação diversa da lei de forma retroativa[297].

---

[291] Voto Min. Cármen Lúcia, p. 90 e ss.
[292] Voto Eros Grau, p. 39.
[293] Voto Eros Grau, p. 37.
[294] *Ver* Voto Min. Cezar Peluso, "E não consigo entender como a mesma Ordem dos Advogados, que, sob a batuta dos grandes Presidentes Faoro e Seabra Fagundes, com base no irrespondível parecer do então Conselheiro Sepúlveda Pertence, teve participação decisiva na aprovação dassa lei, trinta anos depois reveja o seu próprio juízo sobre o alcance da norma que concorreu para editar, refaça seu pensamento como se tivesse, após trinta anos, acordado tardiamente, recobrando consciência de que a velha norma não se compatibiliza com a ordem constitucional vigente!" (pp. 213-214). *Ver também*Voto Cármen Lúcia, p. 93.
[295] Voto Eros Grau, p. 26. Ver também Voto da Min. Cármen Lucia: "Nenhuma dúvida me acomete quanto à não conexão técnico-formal dos crimes de tortura com qualquer crime outro, menos ainda de natureza política. Tortura é barbarie, é o desumanismo da ação de um ser mais animal que gente, é a negação da humanidade, mais que a dignidade, que quem a pratica nem ao menos saiba o que tanto vem a ser. Mas não vejo como, para efeitos específica e exclusivamente jurídico-penais, nós, juízes, reinterpretarmos, trinta e um anos após e dotarmos de efeitos retroativos esta nova interpretação […]." (p. 97)
[296] Voto Cármen Lúcia, p. 97.
[297] Voto Cármen Lúcia, p. 97. Ver também: Voto Min. Cezar Peluso, "a tese de que corresponderia ao instituto da conexão, tal como previsto no art. 76, inc. I, do Código de Processo Penal, é absolutamente inaplicável e inconcebível para a hipótese. Por quê? Simplesmente porque se trata de fator processual de determinação de competência, de unificação de processo, para assegurar, em instrução e julgamento conjuntos, aquilo que se denomina unidade de convicção. Tal conexão é instituto que se aplica só às causas pendentes, não dizendo respeito à nenhum outro tipo de relacionamento lógico-jurídico.
Ora evidentissimamente, o caso não cuida de conexão nesse sentido tradicional e técnico-jurídico. A conexão aqui pressuposta tem outro sentido, é o sentido que chamo de metajurídico." (p. 205).

O Min. Relator Eros Grau afirmou ainda que a mudança da Lei da Anistia, mesmo que fosse para refletir mudanças na própria sociedade, a exemplo do que ocorreu em outros países da América Latina, só poderia ser feita pelo Poder Legislativo[298]. Esse argumento toca em outra questão delicada: a eficácia da lei da anistia no tempo. O Min Celso de Mello argumentou que uma vez editada, a Lei de Anistia teria no mesmo momento exaurido sua eficácia, e seus efeitos não poderiam ser suprimidos[299]. Esse argumento, no entanto, é rechaçado pelo Min. Gilmar Mendes:

> "Também não prospera a preliminar suscitada pelo Advogado Geral da União no sentido do não cabimento da presente ação de descumprimento de preceito fundamental, em virtude do suposto exaurimento de eficácia do dispositivo legal impugnado.
>
> Em verdade, verifica-se que o dispositivo impugnado, não obstante referir a atos preteridos (crimes políticos e conexos praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979), revela-se apto à produção de efeitos válidos até os dias atuais, tendo em vista que impõe óbice à persecução penal relativamente às condutas delitivas a que faz menção.
>
> Dessarte, toda e qualquer tentativa de imputação penal relativa aos mencionados delitos será obstada, ainda hoje, pela incidência da Lei nº 6.683/1979"[300]

Entre os preceitos fundamentais invocados pelo Conselho Federal da OAB, a discussão a respeito do princípio da isonomia mostrou-se relevante para o debate relacionado ao direito

---

[298] Voto Eros Grau, p. 39. Destaca-se que a análise que o ministro faz do que ocorreu nos outros países da América Latina é altamente discutível. Na Argentina, por exemplo, conforme mencionado acima, houve decisão da Suprema Corte declarando as leis de anistia inconstitucionais. Somente depois desse julgamento é que o Legislativo aprovou lei no mesmo sentido.

[299] Voto Min. Celso de Mello, "É tão a intangibilidade de uma lei de anistia desde que validamente elaborada (como foi a Lei no 6.693/79, que, uma vez editada (e exaurindo, no instrumento mesmo do início de sua vigência, o seu conteúdo eficacial), os efeitos jurídicos que delam emanam não podem ser suprimidos por legislação superveniente, sob pena da nova lei incidir na proibição constitucional que veda, de modo absoluto, a aplicação retroativa de leis gravosas." (p. 186).

[300] Voto Min. Gilmar Mendes, p. 227. *Ver também* trecho do parecer do Procurador Geral da República, citado no Voto do Min. Gilmar Mendes: "A Lei n° 6.683/79 tem por objeto a anistia relative a crimes politicos ou conexos com estes, cimes eleitorais e infrações punidas com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (art. 1°). Não é a vigência da lei que está condicionada a determinado período, e sim seu objeto. Sempre que se discutirem fatos supostamente tipificados como crimes politicos ou conexos com esses […] incidirá a Lei n° 6.683/1979. Não se confunde, portanto, o tempo em que os crimes e infrações referidos pela Lei n° 6.683/1979 foram cometidos (um tempo expressamente determinado pela própria lei) com o tempo de vigência da Lei n°6.683/79 (vigência indeterminada, conforme o regime ordinário das leis, de acordo com o art. 2* da Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-Lei n* 4.657/1942)" (p. 228)

internacional. A alegação de que a Lei de Anistia violaria o princípio da igualdade foi rebatida com o argumento de que ela constituiu uma anistia "de mão dupla", como alega o Min. Cezar Peluso:

> "[A] norma de modo algum ofende o princípio da igualdade, porque basta o vínculo, que está estabelecido no parágrafo 1º do art. 1º, entre os elementos de motivação objetiva dos crimes, para demonstrá-lo. Não falo aqui das motivações como razões subjetivas da prática dos crimes, mas o dado objetivo de crimes praticados no mesmo contexto sócio-político de conflito e de luta pelo poder. Este dado identifica os crimes praticados de ambos os lados, e essa identificação histórica, entre os crimes contra o regime e de crimes do regime contra os opositores, situando-se numa mesma moldura história e política, atende ao imperativo constitucional da igualdade, pois teriam de receber, como receberam, tratamento normativo igual."[301]

Como explicado a baixo, o fato de a anistia no Brasil ter incluído agentes do regime militar e seus opositores é um dos fatores levantados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal para estabelecer distinções entre o Brasil e outros países da América Latina, que tiveram suas leis de anistia contestadas pela Corte Interamericana e, em alguns casos, por suas próprias cortes constitucionais. Além disso, cumpre destacar que o Min. Gilmar Mendes parece afirmar que a interpretação requerida pelo Conselho Federal da OAB é que violaria o princípio da isonomia:

> "Não obstante o desnível de potencialidade ofensiva exercida durante os tempos de beligerância, é preciso observar que tanto houve agressões praticadas pelo Estado, por meio de seus agentes repressores, quanto por intermédio de cidadãos organizados politicamente, em derredor de um direcionamento político. [...]
>
> Não é possível conferir a ilicitude criminal a alguns atos e, ao mesmo tempo, reconhecer que outros de igual repercussão possuem natureza distinta e podem ser justificados em razão do objetivo político ideológico que os geraram. Não é juridicamente razoável compreender que o objetivo moralmente considerado define a juridicidade da ação, fazendo com que outros atos – com motor condutor inverso – deixem de ser admitidos em razão da diversidade de escopo"[302].

[301] Voto Min. Cezar Peluso, pp. 208-209.
[302] Voto Min. Gilmar Mendes, pp. 238-239.

Um dos pontos mais controversos do fundamentação da decisão foi a relevância da Emenda Constitucional nº 26 de 1985, ou então, colocado de outra forma, a forma como a anistia serviu de base para e até integrou a nova ordem constitucional. O Min. Eros Grau, acompanhado pelo Min. Gilmar Mendes, argumentou que o fato de que a Emenda Constitucional nº 26, que é representação do Poder Constituinte originário por ter convocado a Assembleia Constituinte[303], fez referência expressa à anistia no seu art. 4º, §1º, tendo inclusive repetido grande parte da redação do atacado §1º do art. 1º da Lei de Anistia. Segundo o Min. Eros Grau, "[a] Emenda Constitucional produzida pelo Poder Constituinte originário constitucionaliza-a, a anistia" e "[a]firmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, teremos que sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável"[304]. No mesmo sentido, o Min. Gilmar Mendes afirma que a Emenda Constitucional nº 26 de 1985 "não é emenda constitucional qualquer"[305]. O mesmo ministro afirmou ainda que "o ponto fundamental a ser levado em conta é o fato de que a anistia ampla e geral representa o resultado de um compromisso constitucional que tornou possível a própria fundação e a construção da ordem constitucional de 1988"[306].

A Min. Cármen Lúcia, no entanto, manifestou-se contrária à alegação de que a referida emenda integraria a nova ordem constitucional[307]. O Min. Lewandowski, em seu voto vencido, também afirmou a irrelevância da Emenda Constitucional nº 26 para o julgamento da ação:

---

[303] Ver, e.g. Esclarecimento do Min. GIlmar Mendes. "Não é [a Emenda n° 26 de 1985] emenda constitucional qualquer, uma emenda que põe a termo uma ordem constitucional e convoca uma assembleia constituinte. A rigor, não se pode fazer uma emenda constitucional todo dia com esse teor. É no contexto de um pacto politico que se faz essa emenda constitucional. A Emenda n° 26 é falsamente uma emenda constitucional. Conforme disse Tércio Ferraz, ali já estávamos no momento constituinte. E essa emenda constitucional – disse-o bem o Relator, baliza a nova ordem." (p. 73).

[304] Voto Eros Grau, p. 44.

[305] Manifestação Min. Gilmar Mendes, p. 73.

[306] Voto Min. Gilmar Mendes, p. 235.

[307] Voto Min. Cármen Lúcia. "A conclusão do eminente relator no sentido de que, alterada a interpretação da Lei prevaleceria o que posto pela Emenda Constitucional n. 26/85 não me sensibiliza, em primeiro lugar, porque o óbice que o próprio Poder Judiciário vem pondo a pedidos de persecução penal em casos em que se busca punir atos de tortura tem sido a lei, não a Emenda Constitucional, daí o objeto da Argüição; em segundo lugar, porque se se chegasse à interpretação pleiteada pela ora Arguente para a lei o mesmo se daria em relação à Emenda Constitucional, como é certo, por serem idênticas as expressões.

A alegação de que a Emenda Constitucional n. 26/85 integraria a ordem constitucional formalmente instalada em 5 de outubro de 1988 não me convence, porque a Constituição de 1988 é Lei Fundamental no sentido de que é fundante e fundadora, logo o que veio antes e que não foi por ela cuidado expressamente para ser mantido não há de merecer o adjetivo de norma integrante do sistema constitucional" (pp. 87-88).

> "[A]figura-se irrelevante que a Lei 6.683/1979, no tocante à conexão entre crimes comuns e crimes políticos, tenha sido, mais tarde, parcialmente reproduzida na EC 26/1985. Primeiro, porque, teoricamente, uma lei de anistia surte efeitos imediatos, colhendo todas as situações injurídicas consolidadas no pretérito. Logo, essa repristinação revelou-se totalmente inócua para os fins pretendidos. Depois, porque os vícios que tisnavam o primeiro diploma legal persistiram integralmente no segundo, ainda que este ostentasse maior hierarquia no ordenamento legal. Por fim, porque a Constituição de 1988, embora pudesse fazê-lo, não ratificou a tal anistia, preferindo concedê-la, em outros termos, para beneficiários distintos, no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias."[308]

O Min. Ayres Britto, por sua vez, afirmou que o próprio texto da Emenda Constitucional nº 26 levaria a conclusão de a anistia estabelecida pela Lei nº 6.683/1979 não foi, como afirmou o ministro relator, ampla geral e irrestrita:

> "Vejam como a Emenda nº 26 relativizou as coisas (e a Emenda nº 26 não revogou a "Lei de Anistia", porque foi uma lei expletiva; apenas esclareceu o conteúdo da lei, uma espécie heterodoxa de interpretação autêntica). [...] [O art. 4º da Emenda nº 26 faz referência aos servidores públicos da Administração direta e indireta e militares] punidos por efeito dos atos institucionais e complementares, e não aqueles que estavam a serviço do regime de exceção.
>
> Aí já transparece o caráter relativo da anistia. E o parágrafo 1º é confirmador dessa relatividade [...]."[309]

Assim, entendeu-se que a Lei de Anistia e a extensão do termo "crimes conexos" do seu §1º do art. 1º aos crimes comuns praticados pelos agentes estatais da repressão não violavam os preceitos fundamentais invocados pelo Conselho Federal da OAB.

Ao longo do julgamento da ADPF nº 153, o Ministro Marco Aurélio insistiu na inexistência de resultados concretos da eventual procedência da ação, por estarem prescritos os crimes, tanto na esfera penal quanto na esfera criminal[310]. Afirmou ainda que "anistia é o apagamento do passado em termos de glosa e responsabilidade de quem haja claudicado na

---

[308] Voto Min. Lewandowski, p. 127.
[309] Voto Min. Ayres Britto, pp. 142-143.
[310] Debate, p. 154.

arte de proceder", é "virada de página definitiva, é perdão em sentido maior"[311]. No mesmo sentido, manifestou-se Min. Celso de Mello, afirmando que teria sido extinta a pretensão punitiva do Estado, mesmo se acolhido o pedido do Conselho Federal da OAB[312].

Os ministros Carmén Lúcia[313] e Lewandowski[314], acompanhando o parecer da Procuradoria Geral da República, entenderam que a questão da prescrição não afetada o julgamento da causa e que, ademais, deveria ser averiguada em cada caso. O Min. Lewandoski levantou ainda a questão do desaparecimento forçado, discutida em caso anterior do Supremo Tribunal Federal:

> "Recordo, ademais, que esta Suprema Corte decidiu, na Extradição 974, da qual sou redator para o acórdão, originalmente distribuída ao Min. Marco Aurélio, que o crime de sequestro possivelmente seguido de homicídios, tem caráter permanente. Ou seja, o resultado delituoso protrai-se no tempo, enquanto a vítima estiver privada de sua liberdade ou os seus restos mortais não forem encontrados. Isso quer dize que os respectivos prazos prescricionais somente começam a fluir a partir desses marcos temporais.

---

[311] *Ver também* Voto Min. Cezar Peluso: "Se é verdade que cada povo acerta contas com o passado de acordo com a sua cultura, com os seus sentimentos, com a sua índole e com a sua história, o Brasil fez uma opção pelo caminho da concórdia. E diria, se pudesse, mas não posso, concordar com a afirmação de que certos homens são monstrous, que os monstros não perdoam, só o homem perdoa. Só uma sociedade superior, qualificada pela consciência dos mais elevamos sentimentos de humanidade, é capaz de perdoar, porque só uma sociedade que, por ter grandeza, é maior do que seus inimigos, é capaz de sobreviver. Uma sociedade que queira lutar contra os inimigos com as mesmas armas, os mesmos intrumentos, os mesmo sentimentos, está condenada a um fracasso histórico." (p. 214).

[312] Voto Min. Celso de Mello, p. 189. No mesmo sentido, ver Voto Min. Cezar Peluso: "Recorro a dois argumentos de pressupostos hipotéticos, baseado na suposiçãoo de que a autora tivesse razão. O primeiro deles vai mostrar não apenas a improbidade da demanda, mas a sua absoluta esterilidade, que, aliás, já foi bem percebida pelo eminente Ministro Marco Aurélio.
Fosse outra a interpretação devida, não haveria nenhum interesse processual nesta demanda, porque **todas as ações criminais** e todas as ações cíveis, exceto as declaratórias, **estão prescritas**, inclusive aquelas previstas no artigo 200 do Código Civil em vigor, que faz depender o início do curso da prescriçãoo de sentença criminal que reconheça o fato gerador da responsabilidade civil, porque, no caso, prescrita a ação penal, não haveria juízo penal capaz de emitir decisão de mérito que pudesse dar início ao curso da prescrição civil. Insisto: também a prescrição civil, salvo a das ações puramente declaratórias, está consumada de há muito." (pp. 210-211).

[313] Voto Min. Cármen Lúcia. "Nem de longe me tocou o argumento relative ao descamimento da presente argüição porque se teria a prescrição de eventuais crimes praticados e não anistia pela Lei n. 6683/79.
A verificação ou não de ocorrência de prescrição depende, em cada caso, como é certo, do que se vier a concluir quanto à interpretação que deve prevalecer sobre a norma questionada. Se se concluir pela abrangência, em seus termos, de todos os crimes não haverá como se dar a persecução penal; se, contrariamente, se vier a concluir pela sua restrição, não abrangendo os crimes de tortura e outros de igual hediondez, praticados pelos agentes da repressão, a prescrição ou não haverá de ser cuidada em cada caso que vier a ser objeto da persecução penal" (pp. 85-86).

[314] Voto Min. Lewandowski, p. 103.

Cuidava-se, na espécie, de pedido de extradição feito pelo Governo argentino, afinal deferido em parte, envolvendo um ex-major uruguaio, homiziado no Brasil, alegadamente integrante da denominada *Operação Condor*, organização secreta criada, ao que consta, para perseguir adversários políticos dos regimes militares implantados na Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai, o qual teria participado de operações clandestinas que culminaram no seqüestro e desaparecimento de diversas pessoas levadas a uma fábrica desativada onde eram submetidas a interrogatórios e torturas.

Naquele julgamento entendi, sendo acompanhado por outros integrantes do Tribunal, que o delito de associação ilícita estava prescrito, consignando, todavia, que

'(...) embora tenham passado mais de trinta e oito anos do ato imputado ao extraditando, as vítimas até hoje ainda não apareceram, nem tampouco os respectivos corpos, razão pela qual não se pode cogitar, por ora, de homicídio.

Estes sequestros podem, em tese, ainda, subsistir. Portanto, estamos diante de um crime de caráter permanente.'

No mesmo sentido, o Min. Cézar Peluso, em substancioso voto-vista, que alterou os rumos daquele julgamento, asseverou, na ocasião, o seguinte:

'Em relação à prescrição, o problema que aventei, que cuido ter examinado à luz dos arts. 6º e 7º do Código Civil, é que, para que seja admitida a prescrição, seja tanto para efeitos civis, como para efeitos penais, a presunção de morte tem de ser objeto de uma sentença, que, entre outras coisas, deve fixar a data provável do falecimento, porque sem tal sentença permanece sempre a dúvida. E, neste caso, nós nos remetemos, já não para a hipótese de morte presumida, mas para o instituto da ausência, que tem tratamento normativo completamente diferente e no qual não se presume morte alguma.

Noutras palavras, o que temos, no caso, para fixar o termo inicial da prescrição? O grande problema é esse. Eu seria muito propenso a reconhecer a prescrição, desde que me demonstrem haja algum dado que indique que, em determinado momento, de lá para cá, as vítimas foram mortas. Faleceram no mês tal, provavelmente de tal,

diante de tal e tal circunstância, ou faleceram no ano tal. A partir daí começaria a contar o prazo da prescrição'."[315]

A discussão a respeito da prescrição fica ainda mais clara no seguinte trecho do debate entre os ministros:

> "[Min. Cezar Peluso:] E a pergunta decisiva seria: qual o interesse legítimo – não digo apenas o interesse jurídico – que ficaria, que restaria para justificar julgamento de procedência desta ação? Ela não serviria para instauração de ação penal, porque **todas as ações penais estão prescritas**, de modo que, na matéria, não se poderia chegar a nenhuma sentença de mérito! Qual, portanto, a utilidade do julgamento de procedência desta ação? Ela não tem nenhuma repercussão de ordem prática, nenhuma, no campo jurídico. E, tal como deduzida, não se presta a satisfazer certeza de ordem moral. A questão aqui é de saber se há, ou não, incompatibilidade da norma com o ordenamento jurídico em vigor. Ora, desse reconhecimento eventual não resultaria nenhuma utilidade de ordem prático-jurídica. Alega-se, com a procedência, que se poderia apurar a responsabilidade criminal dos agentes do regime. Mas apurar a responsabilidade criminal em que juízo, se já não há mais ação penal alguma capaz de ser proposta? **Todas estão cobertas pela prescrição**.
>
> O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – É que o Estado não poderia conseguir a perseguição por causa da lei. O Estado só desencadearia a persecução criminal com o afastamento do óbice da lei. Então, a questão da prescrição nem se coloca nesse momento.
>
> **O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** – Não, Ministro, a prescrição se inicia da data da prática do crime, não é da data do reconhecimento de certo sentido da lei.
>
> O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Sim, mas o Estado estava impedido de deflagrar a persecução.
>
> **O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** – O Estado não tinha impedimento nenhum para fazê-lo. Se entendesse que a lei era incompatível com a Constituição, poderia, mas não o fez, ter intentado persecução penal. E, a esta altura, já não poderia fazê-lo, pois já não há lugar nem via para reconhecimento do caráter criminoso de certos fatos, de modo que a pretensão da autora é absolutamente estéril"[316]

[315] Voto Min. Lewandowski, p. 104.
[316] Debate no Voto do Min. Cezar Peluso, pp. 211-212.

Em resposta a essa discussão e aos argumentos levantados pela Advocacia Geral da União, o Min. Gilmar Mendes afirmou que "não se exige, no direito brasileiro, a demonstração do interesse jurídico específico como pressuposto da instauração de controle concentrado de normas"[317].

Em seu voto pela procedência parcial da ação, o Min. Lewandowski entendeu que "não há como cogitar-se de conexão material entre os ilícitos sob exame, conforme pretenderam os elaboradores da Lei de Anistia, porquanto não é possível conceber do regime de exceção e os delitos comuns alegadamente cometidos por aqueles que se colocavam a seu serviço, visto inexistir, com relação a eles, o necessário nexo teleológico, consequencial ou ocasional exigido pela doutrina para a sua caracterização"[318]. Descartou também a possibilidade de tais crimes serem políticos[319]. O ministro destacou a inafastabilidade da jurisdição estatal, nos termos do inciso XXXV do art. 5º da Constituição de 1988, fazendo referência ao entendimento do Comitê de Direitos Humanos da ONU e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que será explorada em maiores detalhes abaixo. Por fim, o ministro julgou parcialmente procedente a ação "para dar interpretação conforme ao §1º do art. 1º da Lei 6.683/1979, de modo a que se entenda que os agentes do Estado não estão automaticamente abrangidos pela anistia contemplada no referido dispositivo legal, devendo o juiz ou tribunal, antes de admitir o desencadeamento da persecução penal contra estes, realizar uma abordagem caso a caso (*case by case approach*), mediante a adoção dos critérios da preponderância e da atrocidade dos meios, nos moldes da jurisprudência desta Suprema Corte, para o fim de caracterizar o eventual cometimento de crimes comuns com a consequente exclusão da prática dos delitos políticos ou ilícitos considerados conexos"[320].

O segundo voto pela procedência parcial da ação foi proferido pelo Min. Ayres Britto. O ministro rejeitou a consideração do contexto histórico da Lei da Anistia para a sua interpretação, dada a clareza de seu texto[321], e afirmou que "[o] que interessa é a vontade

---

[317] Voto Min. Gilmar Mendes, p. 229.
[318] Voto Min. Lewandoski, p. 113.
[319] Voto Min. Lewandowski, pp. 115 e ss.
[320] Voto Min. Lewandowski, pp. 129-130. O Min. Cezar Peluso levantou questões procurando esclarecer o entendimento do Min. Lewandowski, conforme pp. 131-133.
[321] Voto Min. Ayres Britto. " "[N]o caso, as tratativas ou precedentes devem ser considerados secundariamente, porque o chamado "método histórico de interpretaçãoo", em rigor, não é um método. É um

objetiva da lei, não é a vontade subjetiva do legislador"[322]. Afirmou que os agentes estatais que cometeram os crimes em questão violaram não só a "legalidade democrática de 1946, como [a] própria legalidade autoritária do regime militar"[323]. Por fim, entendeu que o "centro de referibilidade" da norma estabelecida no §1º do art. 1º da Lei de Anistia é o crime político, que "**a priori**, excluiria todo tipo de crime de sangue com resultado morte"[324]. Por essas razões, julga parcialmente procedente a ação, para "dando-lhe interpretação conforme, excluir do texto interpretado qualquer interpretação que signifique estender a anistia aos crimes previstos no inciso XLIII do art. 5º da Constituição. Logo, os crimes hediondos e os que lhe sejam equiparados: homicídio, tortura e estupro, especialmente.[325]"

Conforme destacado abaixo, muitos ministros apontaram para o fato de que a Lei de Anistia não afetaria o acesso a informação e o direito à verdade sobre os acontecimentos daquele período.

Apresentado esse panorama bastante geral da fundamentação que baseou a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso, passamos a analisar especificamente o tratamento dispensado pelos ministros às normas de direito internacional.

4.3.4. Direito Internacional na ADPF nº 153

Cumpre destacar que o debate sobre questões de direito internacional na ADPF nº 153 é muito escasso. Não são muitos os Ministros que sequer mencionaram normas de direito internacional nos votos que fundamentam a decisão na ADPF nº 153. De forma geral, os ministros parecem ter evitado discutir a aplicação de normas de direito internacional, apresentando uma série de premissas e distinções que fazem com que o direito internacional

---

parâmetro de interpretação jurídica, porque a ele só se deve recorrer quano subsiste alguma dúvida de intelecção quanto à vontade normativa do texto interpretado. Vontade normativa não revelada pelos uatro métodos tradicionais a que o operador jurídico recorre: o método literal, o lógico, o teleológico e o sistemático. Ou seja, o método histórico não é para afastar a priori qualquer dúvida; não é para antecipadamente afastar dúvida de interpretação. É para tirar dúvida por acaso remanescente da aplicação dos outros métodos de interpretação. E neste caso da Lei de Anisita, eu não tenho nenhuma dúvida de que os crimes hediondos e equiparados não foram incluídos no chamado relato ou núcleo deôntico da lei." (p. 137) .

[322] Voto Min. Ayres Britto, pp. 140-141.

[323] Voto Min. Ayres Britto, p. 139.

[324] Voto Min. Ayres Britto, pp. 141-142.

[325] Voto Min. Ayres Britto, p. 146.

(os vários tratados mencionados pelos interessados na causa e as decisões de cortes e organismos internacionais) não seja aplicável.

Como se verá a seguir, o tratamento dado ao direito internacional pode ser resumido da seguinte forma:

a) Os referidos tratados internacionais não são aplicáveis ao Brasil pois entraram em vigor depois da própria lei e dos crimes em questão, ou então sequer foram ratificados pelo Brasil.

b) A jurisdição da Corte Interamericana sobre o Brasil está restrita aos fatos ocorridos após [completar], data em que o país se submeteu à sua jurisdição;

c) A premissa comum aos itens a) e b) acima é que as violações ao direito internacional, se é que existiram, teriam ocorrido na data do cometimento dos crimes e na data da promulgação da Lei de Anistia. A ideia de continuidade da violação (seja pelo caminho do crime continuado dos agentes estatais, nos casos de desaparecimento forçado, ou de violação contínua do Brasil da sua obrigação de investigar e punir) quase não é abordada pelos ministros. A discussão aparece tangencialmente na questão da prescrição, que quase não é discutida da perspectiva do direito internacional.

d) Mesmo quando os ministros consideram a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos em que julgou fatos relacionados às leis de anistia de outros países da América Latina, afirmam que o Brasil se distingue de tais países, pois não houve, no caso brasileiro, auto-anistia.

e) O direito à verdade é interpretado como um direito ao acesso à informação, e o seu exercício não é afetado pela Lei de Anistia.

f) Por fim, os crimes contra a humanidade não teriam o condão de afetar a Lei de Anistia.

Apresento abaixo o entendimento dos ministros em cada uma dessas questões.

De forma geral, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os tratados internacionais referidos foram ratificados após o cometimento dos atos de assassinato, tortura e abuso sexual que se pretendem excluir da aplicação do §1º do art. 1º, e portanto tais tratados não poderia ter seus efeitos estendidos à Lei de Anistia. A esse argumento subscreveu o Min. Eros Grau:

> "a) o Brasil não subscreveu a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968, tampouco cláusula similar em outra Convenção;
>
> b) o costume internacional não pode, por força do princípio da legalidade, ser fonte de direito penal; e
>
> c) porque a obrigação de julgar explicitamente assumida pelo Brasil no âmbito interamericano só seria invocável em juízo, no âmbito da CIDH, no que atine a 'fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998'."

O voto do Min Celso de Mello faz referência expressa a uma série de tratados de "inquestionável importância": a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes de 1984; a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 1985, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e 1969[326].No entanto, a referência aos tratados internacionais parece ter o condão somente de ressaltar a importância das regras que coíbem a prática de tortura, pois o ministro não discute as implicações de tais diplomas normativos para o Brasil, muito menos para o caso em tela. Mais adiante, o ministro dispensa a aplicação de tais tratados:

[326] Voto Celso de Mello. "O Brasil, consciente da necessidade de prevenir e de reprimir os atos caracterizadores da tortura, subscreveu, no plano externo, importantes documentos internacionais, de que destaco, por sua inquestionável importância, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1984; a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, concluída em Cartagena em 1985, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto da São José da Costa Rica), adotada no âmbito da OEA em 1969, atos internacionais estes que já se acham incorporados ao plano do direito positivo interno (Decreto no 40/91, Decreto no 98.386/89 e Decreto no 678/92." (p. 162).

> "Há considerar, ainda o fato – que se revela constitucionalmente relevante – de que a Lei de Anistia foi editada no momento que precedeu tanto a adoção, pela Assembleia Geral da ONU, da Convenção das Nações Unidas contra a tortura e outros tratamentos e penas cruéis, desumanos ou degradantes (1984), quanto a promulgação, pelo Congresso Nacional, em 1997, da Lei nº 9.455, que definiu e tipificou, entre nós, o crime de tortura.
>
> Esta anterioridade temporal impede que a Lei de Anistia, editada em 1979, venha a sofrer desconstituição (ou inibição eficacial) por parte desses instrumentos normativos, todos eles promulgados – insista-se após a vigência daquele benéfico diploma legislativo."[327]

Como se verá a seguir, a supralegalidade dos tratados de direitos humanos e o desaparecimento forçado, sob a perspectiva do direito internacional, seque foram mencionadas pelos ministros. Na discussão sobre a aplicação do regime internacional de direitos humanos, é reveladora a observação feita pela Min. Cármen Lúcia, indicando o seu entendimento de que, independentemente do reconhecimento de qualquer tratado internacional aplicável, a Lei de Anistia viola princípios de direitos humanos:

> "O disposto no §1o do art. 1o da Lei de n. 6683/79 não me parece justo, em especial porque desafia o respeito integral aos direitos humanos. Mas a sua análise conduz-se à conclusão, a que também chegou o Ministro Relator, de que também não pode ser alterado, para os fins propostos, pela via judicial. Nem sempre as leis são justas, embora sejam criadas para que o sejam."[328]

Como se discutirá a seguir, há pouca referências, no acórdão, à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Além disso, as poucas que existem dizem respeito aos casos que à época já haviam sido julgados pela corte, e não ao caso pendente em que o Brasil figurava como ré. A única referência ao caso brasileiro na Corte Interamericana de Direitos Humanos está no voto do Min. Celso de Melos, e parece servir o propósito de afirma de a corte não tem jurisdição sobre a questão. O Min. Celso de Mello cita Nilo Batista, em Nota Introdutória ao livro "Justiça de Transição no Brasil: Direito, Responsabilização e Verdade", comentando texto do Prof. Lauro Joppert:

---

[327] Voto Min. Celso de Mello, p. 185.
[328] Voto Min. Cármen Lúcia, p. 92.

> "Depois de uma resenha sobre a recente instalação do debate nos meios jurídicos brasileiros, o texto do Professor Lauro Joppert Swensson Junior, a quem se deve excelente monografia sobre as duas linhas argumentativas agitadas: a) a Lei n. 6.685/79 nunca anistiou os responsáveis pelo crimes da ditadura; b) os delitos praticados são crimes de lesa humanidade, e por isso imprescritíveis e não podem ser objeto de anistia. [...] Mas o argumento da anistia, tanto quando o da evidentíssima prescrição, sucumbiria perante a segunda linha argumentativa: as ações dos 'agentes da repressão política estatal são 'crimes contra a humanidade', e por isso são imprescritíveis e não podem ser anistiados. A refutação de Swensson Junior é implacável: em primeiro lugar, instrumentos normativos internacionais só adquirem força vinculante após o processo constitucional de internalização, e o Brasil não subscreveu à 'Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade' de 1968 nem qualquer outro documento que contivesse cláusula similar; em segundo lugar, o 'costume internacional não pode ser fonte de direito penal', em violação de uma função básica do princípio da legalidade; e, em terceiro lugar, conjurando o fantasma da condenação pela Corte Interamericana, a exemplo do precedente 'Arellano x Chile', a autoridade de seus arestos foi por nós reconhecida plenamente em 2002 (Dec. N. 4.463, de 8 de novembro de 2002) porém apenas para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998."[329]

Os argumentos trazidos pelo CEJIL parecem ter sido reduzidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal à questão do direito à verdade. No entanto, os seus votos quase não tocam na construção desse direito segundo o direito internacional aplicável ao Brasil, tal como apresentado pelo CEJIL em seu *amicus curiae*. O direito à verdade é, na maioria das manifestações, entendido de maneira restrita, como se equivalente ao direito de acesso a informações e documentos. Assim, a lógica geral adotada sobre o tema é de reconhecer a existência desse direito, porém afirmar que seu exercício não está afetado pela Lei de Anistia. Nesse sentido, é a análise da Min. Cármen Lúcia, ao discutir os argumentos trazidos pelo CEJIL e ao indicar que com eles concorda plenamente:

> "Inicialmente, atento para o que foi observado pela Senhora Advogada representante do amicus curiae Cejil, Dra. Helena de Souza Rocha, no sentido de que a postulação encampada pela entidade por ela representada fundamenta-se no direito à verdade, hoje conhecido pela legislação internacional como inerente a todos os povos.

[329] Voto Min. Celso de Mello, pp. 193-194.

De pronto enfatizo não haver qualquer dúvida de que ela dispõe de total razão em seus argumentos. Mas também saliento que, ao contrário do que se poderia concluir a partir de tais ponderações, não há qualquer questionamento sobre isso, nem se está a decidir, aqui, como aliás, se tem no Parecer da Procuradoria-Geral da República, qualquer conclusão contrária sobre tal ponto.

Como se tem, expressamente, no muitas vezes citado Parecer do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, exarado pelo então Conselheiro e depois Ministro Sepúlveda Pertence, 'não é preciso acentuar, de seu turno, que a extensão da anistia aos abusos da repressão terá efeitos meramente penais, não elidindo a responsabilidade civil do Estado, deles decorrentes'.

Daí porque afirmo, de início, que o de que aqui se cuida é tão somente de se analisar e concluir sobre a extensão da expressão "crimes conexos", mencionada no §1o do art. 1o da Lei . 6.683/79.

Outros efeitos da atuação dos agentes estatais no período indicado não estão fora das consequências jurídicas dos desbordamentos éticos e legais, menos ainda da responsabilidade do Estado, a partir do amplo e total conhecimento do que ocorreu no que, ainda a OAB, pelo seu eminente parecerista, Ministro Sepúlveda Pertence, denominou de "desvãos da repressão política".

Assim, o direito à verdade, direito à história, o dever do Estado brasileiro de investigar, encontrar respostas, divulgar e adotar as providências sobre os desmandos cometidos no período ditatorial não estão em questão, e, se estivessem, pelo menos eu, com certeza, daria a resposta exatamente no sentido enaltecido pela advogada. Apenas, deve ser enfatizado que não é essa a questão, nem ao menos como objeto de exame ou argumentação para a resposta judicial a ser dada na presente argüição, simplesmente não é este o tema posto, nem parece haver dúvidas tão graves quanto as que se suscitaram na presente argüição."[330]

Muitos dos ministros ressaltaram que a Lei de Anistia não afetaria o conhecimento dos fatos relacionados aos crimes dos agentes estatais da repressão[331]. Nas palavras do Min. Celso

[330] Voto Min. Cármen Lúcia, p. 78-79.

[331] Ver, e.g., Voto Min. Ellen Gracie: "O argumento de que lei recusa o reconhecimento da verdade (ofensa ao art. 5°, XXXIII, da Constituição Federal) não resiste à constatação do cunho de objetividade da anistia, que não se direciona a pessoas determinadas, mas a certos delitos cometidos ao longo de um determinado period de punibilidade. O conhecimento dos documentos relativos ao period não é obstaculizado pela anistia, mas por outras normas que cobrem o sigilo e cuja constitucionalidade já está submetida ao crivo deste Tribunal (Leis 8.159/91 e 11.111/05, objeto da ADI 4.077)." (pp. 151-152); Voto Min Celso de Mello: "Cumpre registrar,

de Mello, "assiste, a toda a sociedade, o direito de ver esclarecidos os fatos ocorridos em período tão obscuro de nossa história, direito este que, para ser exercido em plenitude, não depende da responsabilização criminal dos autores de tais fatos, a significar, portanto, que a Lei nº 6.683/79 não se qualifica como obstáculo jurídico à recuperação da memória histórica e ao conhecimento da verdade"[332].

O Min. Lewandowski foi o único a construir de tratar diretamente da obrigação do Estado de investigar e punir, na forma do direito ao acesso universal à jurisdição, previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição. Na interpretação desse direito, o ministro utilizou-se das considerações do Comitê de Direitos Humanos da ONU e do entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

> "[O] Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas já assentou que os Estados Parte do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – ratificado pelo Brasil – têm o dever de investigar, ajuizar e punir os responsáveis por violações de direitos nele protegidos, assinalando especialmente que
>
> > '(...) nos casos em que algum funcionário público ou agente estatal tenha cometido violações dos direitos reconhecidos pelo Pacto aos quais faz referência este parágrafo [tortura e outros tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes, privações sumárias e arbitrárias de vida, desaparecimentos forçados], os Estados Partes dos quais se trate não poderão eximir os autores de sua responsabilidade jurídica pessoal, como aconteceu em certas anistias (ver Observação Geral nº 20 [44] e em imunidades anteriores. Além disso, nenhum cargo oficial justifica que sejam eximidas de responsabilidade jurídica as pessoas às quais é atribuída a autoria dessas violações. Também devem ser eliminados outros impedimentos ao estabelecimento da responsabilidade penal, entre eles a defesa baseada na obediência a ordens superiores ou os prazos de prescrição excessivamente curtos, nos casos em que forem aplicadas tais prescrições'.
>
> Na mesma linha, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que os Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – também internalizada pelo Brasil – têm o dever de investigar, ajuizar e punir as violações graves aos direitos humanos, obrigação que nasce a partir do

---

finalmente, Senhor Presidente, que a improcedência da presente ação não impõe qualquer óbice à busca da verdade e à preservação da memória histórica em torno dos fatos ocorridos no período em que o país foi dominado pelo regime militar. (p. 197)

[332] Voto Min. Celso de Mello, p. 202.

> momento da ratificação de seu texto, conforme estabelece o seu art. 1.1. A Corte Interamericana acrescentou, ainda, que o descumprimento dessa obrigação configura uma violação à Convenção, gerando responsabilidade internacional do Estado, em face da ação ou omissão de quaisquer de seus poderes ou órgãos."[333]

Como se observa a partir da análise da Min. Cármen Lúcia sobre os argumentos do CEJIL, a construção do direito à verdade no direito internacional não dialoga com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o assunto. Na realidade, são pouquíssimas as referências às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as que existem são em geral referenciadas para diferenciar o Brasil dos outros países da América Latina e justificar a sua irrelevância para o julgamento da ADPF nº 153. O Ministro Celso de Mello também fez referência ao Sistema Interamericano, e mais especificamente aos precedentes da Corte Interamericana que trataram de leis de anistia, afirmando:

> "Reconheço que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em diversos julgamentos – como aqueles proferidos, p. ex. nos casos contra o Peru ("Barrios Altos", em 2001, e "Loayza Tamayo" em 1998) e contra o Chile ("Almonacid Arellano e outros", em 2006) -, proclamou a absoluta incompatibilidade, com os princípios consagrados na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, das leis nacionais que concederam anistia, unicamente, a agentes estatais, as denominadas "leis de auto-anistia".
>
> A razão dos diversos precedentes firmados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos apóia-se no reconhecimento de que o Pacto de São José da Costa Rica não tolera o esquecimento penal de violações de direitos fundamentais da pessoa humana e nem legitima leis nacionais que amparam e protegem criminosos que ultrajam, de modo sistemático, valores essenciais protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos e que perpetraram, covardemente, à sombra do Poder e nos porões da ditadura a que serviram, os amis ominosos e cruéis delitos, como o homicídio, o sequestro, o desaparecimento forçado das vítimas, o estupro, a tortura e outros atentados às pessoas daqueles que se opuseram aos regimes de exceção que vigoraram, em determinado momento histórico, em inúmeros países da América Latina.
>
> É preciso ressaltar, no entanto, como já referido, que a lei de anistia brasileira, exatamente por seu caráter bilateral, não pode ser qualificada como uma lei de auto-anistia, o que torna inconsistente, para os fins deste julgamento, a invocação dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

[333] ADPF No. 153, julgada em 29 de abril 2010, Relator Ministro Eros Grau, pp. 128-129.

> Com efeito, a Lei nº 6.683/79 – que traduz exemplo expressivo de anistia de "mão dupla" (ou de "dupla via"), pois se estendeu tanto aos opositores do regime militar quanto aos agentes da repressão – não consagrou a denominada anistia em branco, que busca, unicamente, suprimir a responsabilização dos agentes do Estado e que constituiu instrumento utilizado, em seu próprio favor, por ditaduras militares latino-americanas."[334]

O Min. Cezar Peluso subscreveu à mesma tese, afirmado que o caso brasileiro "não é de autoanistia, censurada pelos tribunais internacionais"[335]. Já o Min. Gilmar Mendes afirmou que "[i]ndependentemente das posições políticas, temos de reconhecer que, graças aos avanços feitos por essas pessoas – não de armas, mas do diálogo -, podemos vivenciar nosso processo de evolução democrática, o que nos faz positivamente diferentes em relação aos nossos irmãos latino-americanos, que ainda hoje estão atolados num processo de refazimento institucional sem fim"[336].

O Supremo Tribunal Federal também dispensou as normas de direito internacional que poderiam fundamentar eventual responsabilização criminal dos agentes estatais da repressão. Como já discutido acima, o CEJIL havia trazido dois fundamentos principais nesse tema: (i) os crimes contra a humanidade são imprescritíveis; (ii) nos casos de desaparecimento forçado, a natureza do crime é permanente. A discussão sobre o caráter permanente do desaparecimento forçado já foi descrita no item 4.3.3. acima. Sobre os crimes contra a humanidade, a emenda da ADPF nº 153 afirma o seguinte:

> "6. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 --- e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido."

---

[334] ADPF No. 153, julgada em 29 de abril 2010, Relator Ministro Eros Grau, pp. 183-184.

[335] Voto Min. Cezar Peluso. "Seria autoanistia, se tivesse provindo de ato institucional ou de unilateral ato normativo equivalente. Ela proveio de um acordo, como tantos outros celebrados no mundo, e dos quais, só para relembrar caso que me parece mais exemplar, o consumado na África do Sul, que concedeu anistia ainda mais ampla do que a nossa" (p. 210)

[336] Voto Gilmar Mendes, p. 242.

Por sua vez, a questão do crime contra a humanidade também foi expressamente rechaçada no voto dos ministros Lewandowski[337]

Por sua vez, a questão do crime contra a humanidade foi rechaçada no voto do Ministro Lewandowski[338] e Celso de Mello:

> "Nem se sustente, como o faz o Conselho Federal da OAB, que a imprescritibilidade penal, na espécie ora em exame, teria por fundamento a 'Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra contra a Humanidade'.
>
> Mostra-se evidente a inconsistência jurídica de semelhante afirmação, pois, como se sabe, essa Convenção das Nações Unidas, adotada em 26/11/1968, muito embora aberta à adesão dos Estados componentes da sociedade internacional, jamais foi subscrita pelo Brasil, que a ela também não aderiu, em momento algum, até a presente data, o que a torna verdadeira "*res inter alios acta"* em face do Estado brasileiro.
>
> Isso significa que a cláusula de imprescritibilidade penal que resulta dessa Convenção das Nações Unidas não se aplica, não obriga nem vincula, juridicamente, Brasil, quer em sua esfera doméstica, quer no plano internacional.[339]"

Nesse sentido, o ministro Celso de Mello aponta que "em matéria penal, prevalece, sempre, o postulado da *reserva constitucional de lei em sentido formal*", consagrado no inciso XXXIV do art. 5º da Constituição Federal, no art. 9º da Convenção Americana de Direitos

---

[337] ADPF No. 153: p. 115.

[338] ADPF No. 153, "Não adentro – por desnecessária, a meu ver, para o presente debate – na tormentosa discussãoo acerca da ampla punibilidade dos chamos crimes de lesa-humanidade, a exemplo da tortura e do genocídio, definidos em distintos instrumentos internacionais (dentre outros, nos seguintes documentos internacionais: Convenção de Haia, Estatuto do Tribunal de Nüremberg, Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, ratificados pelo Brasil, respectivamente, em 2 de janeiro de 1914, em 21 de setembro de 1945 e em 24 de setembro de 2002, que seriam imprescritíveis e insuscetíveis de graça ou anistia, e cuja persecução penal independeria de tipificação prévia, sujeitando-se ademais, não apenas à jurisdição penal nacional, mas também à jurisdição penal internacional e mesmo à jurisdição penal universal." (p. 115).

[339] Voto Min. Celso de Mello, pp. 189-190.

Humanos e no art. 15 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, "que representam atos de direito internacional público a que o Brasil efetivamente aderiu"[340].

Assim, os argumentos relacionados ao direito internacional são reduzidos ao direto à verdade, sem no entanto considerar a jurisprudência da Corte Interamericana na construção do conteúdo desse direito, e à imprescribilidade dos crimes contra a humanidade. Nesse sentido, cumpre destacar que na época em que ocorreram as graves violações de direitos humanos discutidas na ADPF nº 153, o Brasil era signatário de uma série de tratados de direitos humanos que poderiam ser utilizados para justificar a existência de obrigação de prevenir e punir tais violações, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, Convenção para a Prevenção e a Pressão do Crime de Genocídio, a Convenção Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra e a Convenção Relativa à Proteção dos Civis em Tempo de Guerra[341]. Esses diplomas normativos não foram considerados, em nenhum momento, na fundamentação da decisão na ADPF nº 153.

4.3.5. Decisão da Corte Interamericana

Como se sabe, o caso *Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil*, referente a lei de anistia brasileira, refirma o entendimento contrário às leis de anistia manifestado pela Corte Interamericana inicialmente no caso *Barrios Altos* (Chumbipuma Aguirre et al. v. Peru, Corte Inter-Am. Ct. H. R. Series C No. 75 41-44).

Após o julgamento da ADPF nº 153, o Brasil passou a utilizar a decisão como argumento na sua defesa perante a Corte Interamericana. O Estado brasileiro questionou a competência da Corte para "revisar decisões adotadas pelas mais altas cortes de um Estado, indicando que este Tribunal não pode analisar as questões de mérito da presente demanda ocorridas até 29 de abril de 2010, em virtude do não esgotamento dos recursos internos. Com a decisão da Arguição de Descumprimento No. 153, verificou-se o esgotamento regular dos

[340] Voto Min. Celso de Mello, pp. 190-191.
[341] A este respeito, ver D. VENTURA, A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional, Revista de Direito do Estado, v. 17-18, 2011, pp. 11 e ss.

recursos internos, surgindo, inclusive, um novo obstáculo para a análise do mérito da demanda, a proibição da quarta instância."[342].

Em resposta à alegação preliminar de incompetência trazida pelo Brasil, a Corte Interamericana foi assertiva em dizer que "não se solicita à Corte Interamericana a realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado, questão de direito interno que não lhe compete e que foi matéria do pronunciamento judicial na Arguição de Descumprimento No. 153 (*infra* par. 136), mas que este Tribunal realize um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana"[343]. Entre os fundamentos da decisão a respeito da preliminar, a Corte ressaltou que não havia sido exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Brasil, e que "a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional"[344].

No mérito, o Brasil foi condenado pela Corte, que afirmou que "as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil".

Cumpre destacar que a postura de outros países da América Latina em relação à questão específica das leis da anistia têm sido bastante diferente do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153. De forma geral, as cortes na América Latina têm sido consideradas como progressistas na aplicação de tratados internacionais de direitos humanos[345]. Na Argentina, por exemplo, a decisão paradigmática a respeito das leis de anistia

---

[342] Parágrafo 44.
[343] Parágrafo 49.
[344] Parágrafo 177.
[345] A. R. BREWER-CARÍAS. La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el ordem interno de los países de América Latina. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. N. 6, 2006.

(leis "*odebiencia debida"* e "*punto final*") foi tomada pela *Corte Suprema de Justicia de la Nación* no caso *Simon* (Fallos: 382:2056). A Corte afirmou a nulidade de tais leis e suas razões estão significativamente fundamentadas em normas de direito internacional e na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Além disso, a *Corte Suprema* argentina utiliza, em diversas ocasiões, o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos para fundamentar suas próprias decisões[346].

No caso *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad*, julgado em 13/07/2007 , a *Corte Suprema* argentina chegou a afirmar que "o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, como também a interpretação dele feita pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana". Esta postura da corte enseja a produção acadêmica a respeito de questões muito interessantes, desde a comparação do entendimento da *Corte Suprema* e da Corte Interamericana de Direitos Humanos[347], o debate a respeito da vinculação da Corte Suprema ao entendimento da Corte Interamericana na aplicação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos[348], e até as transformações na concepção clássica de soberania do Estado[349].

No Uruguai, a Lei 15.737, que anistiou os delitos políticos, e os delitos conexos comuns e militares, foi promulgada em 1985. A lei foi declarada inconstitucional pela *Suprema Corte de Justicia* em 2009 (*Sentencia n. 365*, de 19.10.2009), tendo antes disso sido aprovada por referendo em 1989. O Chile também decidiu sobre a constitucionalidade de sua lei de anistia, tendo seguido, em linhas gerais, a abertura para as normas de direito

---

[346] Cita-se, por exemplo: Acosta, Alejandro Esteban s/infracción, julgado em 23/04/2008, Madorrán, Marta Cristina c/Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación, julgado em 03/05/2007; Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688, julgado em 21/09/2004; Patitó, José Angel y outro c. Diario La Nación y otros, julgado em 24/06/2008

[347] ver, por exemplo, Hernán Gullco. La libertad de expresión en Argentina y su comparación con la jurisprudencia de la Corte Interamericana: parecidos y diferencias entre los casos "Patitó" y "Kimel". Disponível em: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/anuarios/anuario05/5_Seccion_Internacional/3_HernanGulco/SeccionInternacional_HernanGullco.pdf>.

[348] Ver A. M. VÍTOLO. La obligatoriedad del seguimiento de la jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <http://jornadas.aadconst.org/ponencias/Alfredo%20Vitolo%20-%20La%20obligatoriedad%20del%20seguimiento%20de%20la%20jurisprudencia%20de%20la%20Corte%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos.pdf>. Acesso 18 agosto 2013.

[349] E. S. Petracchi. Los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20062/pr/pr28.pdf>. Acesso 18 agosto 2013.

internacional e para a jurisprudência da Corte Interamericana que caracterizou as decisões do Uruguai e da Argentina.

Como se vê, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153, em 2010, não dialogou com uma série de argumentos relevantes trazidos pela Corte Interamericana na sua jurisprudência anterior e, mais importante, no caso *Gomes Lund*. Além disso, os ministros que incluíram referência ao ocorrido em outros países da América Latina o fizeram de maneira que pode ser considerada simplista, apenas para estabelecer diferenças entre o Brasil e esses países.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho busca analisar a evolução da discussão dogmática sobre a relação entre direito interno e direito internacional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em especial, a pesquisa foca-se em três casos específicos, julgados entre 2008 e 2010, que são representativos de uma nova fase no entendimento corte, em que o Supremo Tribunal Federal tratou de uma série de questões inéditas na sua jurisprudência. Procura explicitar os diversos fundamentos, peculiaridades, discordâncias e omissões que podem estar por trás de uma ementa aparentemente objetiva, clara e que, pela sua própria natureza, mascara a complexidade da decisão.

Como já adiantado na introdução do trabalho, não se pretende aqui fornecer respostas fechadas sobre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação às normas de direito internacional. Muito pelo contrário, almejou-se buscar a falta de coesão e coerência entre os ministros e entre os diferentes casos. Este capítulo também não procura apresentar um resumo de todo o conteúdo dos capítulos anteriores. No entanto, em que pesa a complexidade das decisões comentadas e a variedade de fundamentações adotadas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal em uma mesma decisão, é possível identificar algumas mudanças significativas no seu entendimento, possíveis tendências, e potenciais desafios, do ponto de vista da dogmática, que o tribunal, poderá vir a enfrentar nos próximos anos.

A relação entre direito internacional e direito interno pode ser vista a partir de muitas perspectivas. Para fins deste trabalho, analisa-se a relação do ordenamento doméstico com dois tipos de fontes direito internacional: (i) os tratados internacionais ratificados pelo Brasil e (ii) as decisões proferidas por cortes internacionais às quais tenha se submetido. Fica claro pela análise das decisões que o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito dos referidos pontos ainda está em construção. No entanto, a relação com as decisões dos tribunais internacionais é certamente onde se encontraram as maiores incertezas.

Em relação aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, pode-se observar ao longo da história do Supremo Tribunal Federal desde o período republicano, o desenvolvimento de uma trajetória que se inicia com uma postura bastante aberta e deferencial

aos diplomas normativos de direito internacional, chamada por alguns autores de "primazia" do direito internacional. Não seria possível compreender a relação entre direito interno e direito internacional sem contabilizar as mudanças individuais em cada um desses pólos. Assim, a medida em que se altera o direito internacional (ou o direito interno), se altera também a relação entre eles. A transformação do entendimento do Supremo Tribunal Federal, consolidada ao longo da década de 1970, coincide com uma profunda metamorfose no próprio direito internacional. Assim, é possível supor que existe uma correlação entre o aumento da quantidade de tratados internacionais, sua complexificação e expansão para áreas antes consideradas da competência exclusiva dos Estados, e a adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, de posicionamento menos receptivo em relação às normas internacionais.

Além das transformações no próprio direito internacional, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal obviamente se desenvolve a partir de mudanças no texto da própria Constituição. É importante notar, no entanto, que os dispositivos constitucionais relacionados ao direito internacional não sofreram mudanças radicais nas diferentes constituições brasileiras, desde a primeira constituição republicana até a Constituição de 1967. Assim, ainda que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tenha mudado bastante nesse período, o texto constitucional não mostra indícios de ter sido uma força motriz dessa transformação.

Por sua vez, a Constituição de 1988 trouxe importantes inovações a respeito do direito internacional, especialmente nos arts. 4º, parágrafo único e 5º, §2º, complementada pelos dispositivos introduzidos pela Emenda nº 45/2004 (o art. 5º, §3º e §4º). Nesse sentido, a relevância dos três casos da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal se justifica, em parte, no fato de que eles se manifestam expressamente sobre três dos quatro dispositivos que representam novidades no texto constitucional: o art. 4º, parágrafo único e o art. 5º, §2º e §3º.

A paridade hierárquica entre tratado e lei, estabelecida no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, em 1977, comporta hoje duas exceções principais. A primeira foi estabelecida pelo Código Tributário Nacional, desde a redação original em 1966, pelo artigo 98: "[o]s tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha." A segunda exceção, construída

principalmente após a promulgação da Constituição de 1988, foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal apenas em 2008: diz respeito aos tratados internacionais de direitos humanos, ou melhor dizendo, às garantias fundamentais estabelecidas em tais tratados.

Ainda que às regras relativas a posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos pareçam estar mais claras depois do julgamento, em dezembro de 2008, que versou sobre a prisão civil do depositário infiel, ainda permanece uma série de questões. Quais são os tratados que podem ser considerados como "de direitos humanos"? Dentro de um mesmo tratado, haveria dispositivos que adquiriram supralegalidade por sua natureza "de direitos humanos" e outros que não? Cumpre destacar que a supralegalidade dos tratados de direitos humanos ratificados antes da Emenda nº 45, de 2004, afirmada com convicção no referido julgamento em 2008, foi sequer discutida pelos ministros do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153, em 2010.

Além disso, a tese de que os tratados de direitos humanos, independentemente de se ratificados de acordo com o procedimento estabelecido pelo §3º do art. 5º, teriam *status* constitucional continua tendo diversos adeptos na doutrina brasileira e no próprio Supremo Tribunal Federal. Ademais, com a aprovação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo[350] nos termos do §3º do art. 5º, o controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro passa a ser um exercício de verificação da compatibilidade do ato atacado não só com a Constituição Federal, mas também ao menos com esse tratado específico.

A relação entre, de um lado, órgãos adjudicatórios internacionais, e, de outro, o Supremo Tribunal Federal e o ordenamento jurídico brasileiro, é um tema de extrema importância no desenvolvimento da jurisprudência do tribunal. É verdade que o tribunal tem se mostrado mais permeável à jurisprudência de cortes internacionais, na medida em que passou a citar algumas delas como parte da fundamentação de suas próprias decisões. No entanto, não é possível dizer que tais referências não sejam arbitrárias, e mais um exemplo do estilo rebuscado e enciclopédico que às vezes domina os votos dos ministros. Estariam as

[350] Aprovada pelo Decreto Legislativo n°186, de 9 de julho de 2008, e promulgada pelo Decreto n° 6.949, de 25 de agosto de 2009.

decisões da Corte Interamericana sendo citadas como mero *obter dictum*, compondo um mosaico de referências bibliográficas ou realmente influenciando a forma como decidem os juízes brasileiros?

Como já ressaltado acima, na ADPF nº 153, o Supremo Tribunal Federal não discutiu, de forma profunda, a jurisprudência internacional relevante para o caso. Assim, o Supremo Tribunal Federal interpretou ele mesmo o significado de determinadas obrigações internacionais, sem dialogar com a forma como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Comitê de Direitos Humanos da ONU interpretam os diplomas normativos internacionais, cujas disposições explicitam a sua autoridade para decidir sobre e interpretar as suas normas.

Por outro lado, na ADPF nº 101, que discutiu a regulação sobre importação de pneus usados e remoldados, o Supremo Tribunal Federal, pela primeira vez na sua história, demonstrou extrema deferência em relação à decisão de Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mercosul. O contraste entre o tratamento dispensado ao Mercosul e a outros tribunais fica claro no próprio caso, já que também existia uma decisão do Órgão de Apelação da OMC. Essa diferenciação entre o Mercosul e outros tribunais está baseada, de acordo com a decisão do Supremo Tribunal Federal, no parágrafo único do art. 4º da Constituição Federal. Deve-se notar que a redação do dispositivo é genérica, e não impõe expressamente a primazia das decisões tomadas no âmbito dos sistemas de integração da América Latina. Muito pelo contrário, a decisão é ainda mais surpreendente se considerarmos que a regulação, que não se aplicaria às empresas dos países do Mercosul por conta da decisão do Tribunal Arbitral *ad hoc,* foi entendida como necessária para a proteção do direito constitucional ao meio-ambiente. A decisão invoca também, ainda que somente em relação ao Mercosul, a ideia de que a violação, pelo Brasil, de uma obrigação internacional é algo que o Supremo Tribunal Federal deve tentar evitar.

Além disso, a questão do papel e dos efeitos das decisões de cortes internacionais no ordenamento brasileiro tornou-se ainda mais complexa depois da inclusão, pela Emenda nº 45, do §4º do art. 5º, expressando a submissão do Brasil aos tribunais penais internacionais de que faça parte. Assim, haveria uma diferença entre esse tipo de tribunal e os órgãos adjudicatórios

aos quais o país se submete, por meio de tratado aprovado pelo Congresso e ratificado pelo Presidente? Esta questão ainda precisa ser respondida pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, está claro que desde 2008, o cenário para a utilização de normas de direito internacional diante do Supremo Tribunal Federal vem se transformando. As decisões analisadas neste trabalho mostram alguns indícios de maior abertura do Supremo Tribunal Federal em relação às normas de direito internacional, como a possibilidade de controle de constitucionalidade a partir de tratado internacional, a supralegalidade dos tratados de direitos humanos, a referência à jurisprudência da Corte Interamericana e ideia de que o Estado brasileiro está obrigado por seus compromissos internacionais, e que cabe ao Supremo Tribunal Federal resguardar o seu cumprimento. Em especial, ainda que os ministros tenham discordado a respeito da fundamentação dessa decisão e sobre qual *status,* supralegal ou constitucional, deveriam receber os tratados de direitos humanos ratificados antes da Emenda nº 45, essa decisão representa um importante marco. O reconhecimento de hierarquia no mínimo supralegal potencializa o uso dos tratados internacionais de direitos humanos na estratégia judicial, e fornece mais ferramentas para a expansão e promoção dos direitos fundamentais. É verdade que também há indícios no sentido contrário, especialmente em relação às decisões de tribunais internacionais. No entanto, mesmo tais decisões mostram uma guinada pela inclusão do direito internacional na pauta do Supremo Tribunal Federal, de uma forma inédita. Mostram uma direção, ainda que não identifiquem um caminho claro a seguir ou muito menos que já tenhamos percorrido todo o trajeto.

6. BIBLIOGRAFIA

ADRIASOLA, Gabriel. El processo uruguayo de la ditadura a la democracia. Luces y sombras del derecho penal de transición en matéria de violación a los derechos humanos ante los organismos internacionales. In: *Crimes da ditadura militar : uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos : Argentina, Brasil, Chile, Uruguai* / Luiz Flávio Gomes, Valerio de Oliveira Mazzuoli (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 313/335.

AFFONSO, Beatriz e KRSTICEVIC, Viviana. A importância de se fazer justiça – Reflexões sobre os desafios para o cumprimento da obrigação de investigar e punir os responsáveis em observância à sentença da Corte Interamericana no caso Guerrilha do Araguaia. In: *Crimes da ditadura militar : uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos : Argentina, Brasil, Chile, Uruguai* / Luiz Flávio Gomes, Valerio de Oliveira Mazzuoli (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 251/276.

AIROSI, Mariângela. *Conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas: o Judiciário Brasileiro e a Nova Ordem Internacional,* Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ANDRADE, Diana Freitas de. *A constitucionalidade da prisão do depositário judicial infiel frente aos tratados internacionais sobre os direitos humanos*. Revista Trabalhista: direito e processo. Rio de Janeiro. v.8. n.29. p.133-48. jan./mar. 2009.

AIROSI, Mariângela. *Conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas: o Judiciário Brasileiro e a Nova Ordem Internacional,* Rio de Janeiro: Renovar, 2000

BALDI, César Augusto. Guerrilha do Araguaia e direitos humanos: considerações sobre a decisão da Corte Interamericana. In: *Crimes da ditadura militar : uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos : Argentina, Brasil, Chile, Uruguai* / Luiz Flávio Gomes, Valerio de Oliveira Mazzuoli (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 154/173.

BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. *A Lei de Anistia brasileira: os crimes conexos, a dupla via e tratados de direitos humanos.* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. v.103. p.593-628. jan./dez. 2008.

BASTOS, Lúcia Elena Arantes Ferreira. *As leis de anistia face ao direito internacional : o caso brasileiro*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007.

BELAID, Sadok. Droit international et droit constitutionnel: Les developpements recents. In ACHOUR, Rafaa e LAGHMANI, Slim (ed.) *Droit international et droits internes: Developpements recents*. Paris: Pedone, 1998.

BILDER, Richard. B. An Overview of International Human Rights Law, In: HANNUM, H. (Ed.), *Guide to Intellectual Human Rights Practice*, 4ª ed., Transnational Publishers, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. Monismo e Dualismo no Brasil: Uma Dicotomia Afinal Irrelevante, In: *Temas de Direito Administrativo e Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BREWER-CARÍAS, Allan R. La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina. *Revista IIDH: Instituto Interamericano de Direitos Humanos*. 2006.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law.* Oxford: Oxford University Press, 1980.

BURKE-WHITE, W. E SLAUGHTER, Anne Marie. The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law). In: NIJMAN, Janne e NOLLKAEMPER, Andre (ed.*) New Perspectives on the Divide Between National and International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

CAMPOS, Bidart. *Teoría general de los derechos humanos,* Buenos Aires: Astrea, 1991.

CARVALHO RAMOS, André de. *Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. v.104. p.241-86. jan./dez. 2009.

CARVALHO RAMOS, André de. A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. In *Direito internacional, humanismo e globalidade* : Guido Fernando Silva Soares : Amicorum Discipulorum Liber, São Paulo : Atlas, 2008. p. 451-468.

CASSESE, Antonio. *International Law*, Oxford University Press, 2005.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa *Constituição Federal Brasileira (1891): comentada*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.

CAVALLARO, James e DELGADO, Fernando, *Contextualizing Transitional Justice in Brazil: Understanding the Lack of Accountability in Brazil and its Consequences for Contemporary Protection of Human Rights*, Working Draft apresentado em Sanela Diana Jenkins Human Rights Series, Stanford University. Disponível em http://fsi.stanford.edu/news/cavallaro_on_human_rights_exceptionalism_in_brazil_20110203

CROCCO, Fabio Weinberg e SLUD, Esther. *Caso dos Pneus: um exemplo de como decisões tomadas em diferentes esferas de poder interagem*. Pontes, Volume 5, Número 2, junho de 2009. Disponível em http://ictsd.org/i/news/pontes/48412/.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – Parte Geral*, 9a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DORNEN, N. A conversation between U.S. Supreme Court Justices. Oxford University Press e New York University School of Law, 2005. *International Journal of Constitutional Law*, Vol 3, n. 4

DUNOFF, Jeffrey e Trachtman. A Functional Approach to International Constitutionalization. In DUNOFF, Jeffrey e TRACHTMAN, Joel (ed.) *Ruling the world? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009.

DUNOFF, Jeffrey. *International law: norms, actors, process: a problem-oriented approach*, 3a ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2010.

ERADES. Lambertus. *The relation between international law and municipal law in the Netherlands and in the United States; a comparative study by L. Erades and Wesley L. Gould*. Nova Iorque: Oceana Publications, 1961

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. O*s tratados sobre direitos humanos e a regra do art. 5º, do § 3º. da Constituição do Brasil.* Revista Mestrado em Direito. Osasco. v.10. n.1. p.307-17. jan./jun. 2010.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Os Tratados e as convenções internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004*. Osasco 2007. Revista Mestrado em Direito, Osasco, v. 7, n. 1, p. 117-132, jan./jun. 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os Tratados Internacionais em Face da Constituição de 1988. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (coord.). *Tratados Internacionais na Ordem Jurídica Brasileira*. São Paulo: Lex Editora : Aduaneiras, 2005. P. 241-247.

FISS, Owen. Human Rights as Social Ideals. In : *The Dictates of Justice. Essays on Law and Human Rights*, Owen Fiss. Republic of Letters Publishing BV, 2011. p. 1-12.

FISS, Owen. The Right Degree of Independence. In *: The Dictates of Justice. Essays on Law and Human Rights,* Owen Fiss. Republic of Letters Publishing BV, 2011. p. 13-30.

FITZMAURICE, Sir Gerald. *The General Principles of International Law*. In: Recueil des Cours, vol. 92, p. 1, 1957.

FRANCK, Thomas e THIRUVENGADAM, Arun. *International Law and Constitution Making*. Chinese Journal of International Law, 2003.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Os tratados sobre direitos humanos e a regra do art. 5.§ 3, da Constituição do Brasil*. Revista do Tribunal Regional da 8º região. Brasilia. v.41. n.81. p.33-40. jul./dez. 2008.

GAJA, Giorgio. Dualism – A Review. In: *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

GARDBAUM. Stephen. Human Rights and International Constitutionalism. In DUNOFF, Jeffrey e TRACHTMAN, Joel (ed.) *Ruling the world? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009.

GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valerio. Crimes da ditadura militar e o "Caso Araguaia": aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. In: *Crimes da ditadura militar : uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos : Argentina, Brasil, Chile, Uruguai* / Luiz Flávio Gomes, Valerio de Oliveira Mazzuoli (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 49/72.

GOLDSMITH, J. e LEVINSON, D., *Law for States: International Law, Constitutional Law, and Public Law,* 122 Harv. L. Rev. 1792 (2008-2009)

GREWE, Constance. *The Relationship between the EU and Member States in Constitutional Case Law: a Comparison between Western and Eastern Europe*. Cambridge Year Book of European Legal Studies, vol. 189, 2007-2008.

GRIMM, Dieter. The European Court of Justice and National Courts: the German Constitutional perspective after the Maastricht Decision. Nova Iorque: *Columbia Journal of International Law*, 1997.

GULLCO, Hernán. *La libertad de expresión en Argentina y su comparación con la jurisprudencia de la Corte Interamericana: parecidos y diferencias entre los casos "Patitó" y "Kimel"*, disponível em <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/anuarios/anuario05/5_Seccion_Internacional/3_HernanGulco/SeccionInternacional_HernanGullco.pdf>.

HALBERSTAM, Daniel. Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in European Union and the United States. In DUNOFF, Jeffrey e TRACHTMAN, Joel (ed.) *Ruling the world? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009.

HENRIQUES JR. Fernando do Couto. Conflito entre Norma Interna e Norma de Tratado Internacional. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (coord.). *Tratados Internacionais na Ordem Jurídica Brasileira*. São Paulo: Lex Editora : Aduaneiras, 2005. P. 125-130.

JACKSON, Vicky. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009.

JARDIM, Tarciso Dal Maso. O caso "Guerrilha do Araguaia" e a obrigação de tipificar e julgar o crime de desaparecimento forçado de pessoas. In: *Crimes da ditadura militar : uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos : Argentina, Brasil, Chile, Uruguai /* Luiz Flávio Gomes, Valerio de Oliveira Mazzuoli (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 104/134.

JARDIM, Torquato. *Harmonia entre os poderes: lei de anistia*. Revista de Direito Publico. Sao Paulo. v.23. n.96. p.122-8. out.dez. 1990.

KENNEDY, David . The Mistery of Global Governance. In: DUNOFF, Jeffrey e TRACHTMAN, Joel (ed.), *Ruling the world? Constitutionalism, International Law, and Global GovernanceI.* Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009.

KLABBERS, Jan. *The constitutionalization of international law.* Oxford : Oxford University Press, 2009.

KOH, Harold, *On American Exceptionalism*, 55 Stan. L. Rev. 1479 (2003). Faculty Scholarship Series – Yale Law School. Paper 1778. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1778

KOKOTT, Juliane. *German Constitutional Jurisprudence and European Integration: Part I. European Public Law*, Volume 2, Issue 2. Kluwer Law International, 1996.

KOSKENNIEMI, Marti. *History of International Law, since World War II*. In : Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford, Oxford University Press, Jun. 2011

KUMM, Mattias. The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State. In DUNOFF, Jeffrey e TRACHTMAN, Joel (ed.) *Ruling the world? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009.

LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais.* São Paulo: Manole, 2005.

LANIER, E.R. Solange, Farewell: *The Federal German Constitutional Court and the Recognition of the Court of Justice of the European Communities as Lawful Judge*. Boston College International & Comparative Law Review, Vol. XI, N. 1, 1988.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÓPEZ-MEDINA, Diego*, Comparative Jurisprudence: reception and misreading of transnational legal theory in Latin America*, Tese de Doutorado (SJD Dissertation), Harvard Law School (2001)

MADURO, Miguel. Courts and Pluralism: Essay on a Theory of Judicial Adjudication in the Context of Legal and Constitutional Pluralism. In DUNOFF, Jeffrey e TRACHTMAN, Joel (ed.) *Ruling the world? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009.

MAGALHAES, José Carlos. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *O § 2º do art. 5o da Constituição Federal*. In: TORRES, R. L. (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

MARQUES, Ivan Luis. O princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e sua aplicação no Brasil. In: *Crimes da ditadura militar : uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos : Argentina, Brasil, Chile, Uruguai* / Luiz Flávio Gomes, Valerio de Oliveira Mazzuoli (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 135/153.

MARQUES, Claudia Lima; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O consumidor depositário infiel, os tratados de direitos humanos e o necessário diálogo das fontes nacionais e internacionais: a primazia da norma mais favorável ao consumidor.* Revista de Direito do Consumidor. São Paulo. v.18. n.70. p.93-138. abr./jun. 2009.

MAZZUOLI, Valério. de O. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar. *A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais.* In: *Transnacionalidade do Direito: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas.* São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MENDES, Sérgio da Silva. *Estado seletivo de exceção e perseguições políticas subtis: em torno do caso Cesare Battisti*. Revista Forense. Rio de Janeiro. v.107. n.413. p.421-53. jan./jun. 2011.

MEZAROBBA, Glenda Lorena. *Um acerto de contas com o futuro, a anistia e suas conseqüências : um estudo do caso brasileiro*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003.

MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967, Tomo III.

MORAES, Alexandre de. Tratados Internacionais da Constituição de 1988. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (coord.). *Tratados Internacionais na Ordem Jurídica Brasileira*. São Paulo: Lex Editora : Aduaneiras, 2005. P. 31-46

NEUMAN, Gerald L. The Uses of International Law in Constitutional Interpretation. *The American Journal of International Law*, Washington, vol 98, No.1, jan. 2004.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, São Paulo: Martins Fontes, 2009

NISSEL, Allan. The Duality of State Responsibility. Nova Iorque, *Columbia Human Rights Law Review*, 2013.

OLIVEIRA, Diogo Pigmataro de. Os tratados de direitos humanos na contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise critica a teor § 3.º do art. 5.º da CF/88. *Revista Direito Constitucional e Internacion*al. São Paulo, v.16. n.64. jul./set. 2008, p.297-323.

PAULUS, Andreas. The International Legal System as a Constitution. In DUNOFF, Jeffrey e TRACHTMAN, Joel (ed.) *Ruling the world? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009.

PAULSEN, M.S., *The Constitutional Power to Interpret International Law*, 118 Yale Law Journal 1762 (2009)

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Leis de anistia face ao direito internacional : "desaparecimentos" e "direito à verdade".* In: Piovesan, Flávia (*) coord. Direitos humanos, globalização econômica e integração regional : desafios do direito constitucional internacional, São Paulo : Max Limonad, 2002. p. 285-305.

PETERS, Anne. The Globalization of State Constitutions. In: NIJMAN, Janne e NOLLKAEMPER, Andre (ed.*) New Perspectives on the Divide Between National and International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

PETERS, Anne. *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*. Berlin : Duncker & Humblot, 2001.

PETRACCHI, Enrique S. *Los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina*. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20062/pr/pr28.pdf>.

PHILPOTT, Dan. Sovereignty. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford, maio 2010. Edward N. Zalta (ed.), Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/sovereignty/>. Acesso em 17 de ago. 2013.

PIOVESAN, Flávia. Hierarquia dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF. In: 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora?, *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol.1, n. 6. Porto Alegre, 2008.

PIOVESAN, Flavia. Lei de Anistia, sistema interamericano e o caso brasileiro. In: *Crimes da ditadura militar : uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos : Argentina, Brasil, Chile, Uruguai* / Luiz Flávio Gomes, Valerio de Oliveira Mazzuoli (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 73/86.

PIOVESAN, Flavia. *Hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre. v.1. n.6. p.105-30. 2008.

POSNER, Eric; BRADFORD, Anu. *Universal Exceptionalism in Internacional Law*. Cambridge, Harvard International Law Journal, vol 52, n. 1, 2011.

REQUIÃO, Rubens. *Cambial: Invalidade de lei que exige seu registro.* In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro vol. I, nova série, pp. 13-28.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*: Curso Elementar, 10a Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

REZEK, Francisco. *Direito dos Tratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

RODAS, João Grandino. A Constituinte e os Tratados Internacionais. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, out. 1987, ano 76, vol 624, p. 49.

SAFRIN, Sabrina. *The Un-Exceptionalism of U.S. Execeptionalism,* 41 Vanderbilt Journal of Transnational Law, vol. 41, 2008, p. 1307.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005.

SANTULLI, Carlo. *Le statut international de l'ordre juridique étatique : étude du traitement du droit interne par le droit international*. Paris: Pedone, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas notas sobre a incorporação e a hierarquia dos tratados em matéria de direitos humanos na ordem jurídica brasileira, especialmente em face do novo § 3º do art. 5º da Constituição de 1988.* Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. n.245. p.69-86. maio/ago. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. *RDE: revista de direito do estado*. Rio de Janeiro. v.1. n.1. p.59-88.

SHANY, Yuval. *Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Courts*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007, pp. 3 e ss.; BINENBOJM, Gustavo. *Monismo e Dualismo no Brasil: Uma Dicotomia Afinal Irrelevante* In: Temas de Direito Administrativo e Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SHAW, Malcom. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Um Pouco de Direito Constitucional Comparado.* São Paulo: Malheiros.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgilio Afonso da. Integração e dialogo constitucional na America do Sul. In In Armin von Bogdandy, Flávio Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi (orgs.) *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order.* Princeton: Princeton UP, 2004.

SLAUGHTER, Annie-Marie. *Judicial Globalization*. Virginia Journal of International Law, Vol. 40, 1999-2000.

SLOSS, David. *United States*. In SLOSS, David. (ed.) *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement – a Comparative Study.* Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009.

SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. (*RE)pensar o passado - Breves reflexões sobre a justiça de transição no Brasil.* Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte. v.2. n.7. p.125-43. jul/set. 2008.

TAVALRES, André. *Curso de Direito Constitucional*, 10a ed. São Paulo:Editora Saraiva 2012

TEITEL. Ruti. *Comparative Constitutional Law in a Global Age*. Harvard Law Review, 2004.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Memorial em prol de uma noma mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional,* Brasília, *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, n. 113-118, 1998.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2a ed. Porto Alegre: Fabris, vol. I/513, item n° 13, 2003.

VERESHCHETIN, Vladlen S. New Constitutions and the Old Problem of the Relationship between International Law and National Law. *European Journal of International Law*, Nova Iorque, No. 7, 1996.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Tratados Internacionais na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (coord.). *Tratados Internacionais na Ordem Jurídica Brasileira*. São Paulo: Lex Editora : Aduaneiras, 2005. P. 13-30.

VENTURA, D. F. L. . *A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional.* Revista de Direito do Estado, v. 17-18, p. 545-574, 2011.

VERESHCHETIN, Vladlen. New Constitutions and the Old Problem of the Relationship between International Law and National Law, 2003.

VÍTOLO, Alfredo M. *La obligatoriedad del seguimiento de la jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Disponível em: <http://jornadas.aadconst.org/ponencias/Alfredo%20Vitolo%20-%20La%20obligatoriedad%20del%20seguimiento%20de%20la%20jurisprudencia%20de%20la%20Corte%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos.pdf>.

WALKER. Neil. Reframing EU Constitutionalism. In DUNOFF, Jeffrey e TRACHTMAN, Joel (ed.) *Ruling the world? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues . *Inconstitucionalidade da prisão civil prevista no artigo 885 do código de processo civil*. Revista de Processo, São Paulo, v. 15, n.59, p. 284-288, 1990.

YACOBUCCI, Guillermo. El juzgamiento de las graves violaciones de los derechos humanos en la Argentina. In: *Crimes da ditadura militar : uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos : Argentina, Brasil, Chile, Uruguai* / Luiz Flávio Gomes, Valerio de Oliveira Mazzuoli (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 21/48.