

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

O COSTUME INTERNACIONAL NO DIREITO BRASILEIRO

NICOLAU DE ALBERNAZ MALDONADO

**Rio de Janeiro
2020**

NICOLAU DE ALBERNAZ MALDONADO

O COSTUME INTERNACIONAL NO DIREITO BRASILEIRO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms. Jean Rodrigo Ribeiro de Pontes**.

**Rio de Janeiro
2020**

CIP - Catalogação na Publicação

M244c Maldonado, Nicolau de Albernaz
O costume internacional no direito brasileiro /
Nicolau de Albernaz Maldonado. -- Rio de Janeiro,
2020.
116 f.

Orientador: Jean Rodrigo Ribeiro de Pontes.
Coorientador: Paulo Emílio Vauthier Borges de
Macedo.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Costume Internacional. 2. Supremo Tribunal
Federal. 3. Internalização. 4. Monismo. 5. Dualismo.
I. Pontes, Jean Rodrigo Ribeiro de, orient. II.
Borges de Macedo, Paulo Emílio Vauthier, coorient.
III. Título.

NICOLAU DE ALBERNAZ MALDONADO

O COSTUME INTERNACIONAL NO DIREITO BRASILEIRO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms. Jean Rodrigo Ribeiro de Pontes**.

Data da Aprovação: ___/___/_____.

Banca Examinadora:

Orientador

Co-orientador (Opcional)

Membro da Banca

Membro da Banca

**Rio de Janeiro
2020**

AGRADECIMENTOS

O impulso pela descoberta é uma das grandes riquezas humanas, sem o qual qualquer jornada, inclusive a acadêmica, se deforma em mero rito protocolar e ordinário. Por esse motivo, devo agradecer àqueles que me ensinaram, desde sempre e para sempre, a admirar as perguntas e inquietar as respostas. Agradeço aos meus pais, Bia e Mauricio, que me instruíram com o melhor do afeto e me instigaram o gosto pela imaginação e conhecimento.

Pelas lições de ternura e fortaleza, agradeço à Iá, zelosa cuidadora do meu crescimento.

Pela inestimável companhia durante mais essa travessia, aportando alento e solidariedade contra os mínimos ensaios da fadiga sorrateira, agradeço a minha parceira Stella, exemplo permanente de cuidado e apoio.

Agradeço ao Professor Paulo Emílio pelo compromisso e brilhantismo na condução da docência e da orientação. Não fosse sua contumaz dedicação ao ensino, talvez eu jamais descobrisse o encantamento do Direito Internacional Público. Não fosse sua generosa disposição durante os anos em que fui seu monitor, talvez eu jamais desenvolvesse o interesse pela docência. Não fosse sua orientação precisa e presente, esta pesquisa jamais teria sido feita.

Agradeço ao Professor Jean Pontes, meu orientador, pela fartura das observações, sugestões e críticas, imensamente proveitosas para confrontar debilidades e lacunas que nem sempre são evidentes. Agradeço, sobretudo, pela generosidade e compreensão com as dificuldades inerentes à trabalhos desta natureza, bem como aquelas mais inesperadas e demandosas.

Agradeço ao Professor Siddharta Legale pelo inigualável esforço para o desenvolvimento e fortalecimento da faculdade e de seus alunos. É um privilégio ter sido cativado pelo seu espírito edificante e uma inspiração vê-lo germinar e canalizar talentos.

Agradeço a todos os amigos e amigas que me ofereceram conversas amenas nos momentos estressantes e palavras sinceras nos momentos necessários. Agradeço aos que confortaram os momentos solitários e comungaram dos momentos catárticos.

RESUMO

Tratados e costumes internacionais sempre foram as duas fontes de direito internacional que mais ocuparam lugar de destaque. No entanto, o clássico problema da relação entre direito internacional e direito doméstico, no Brasil, deixou de lado os costumes internacionais. O monismo e o dualismo, as duas correntes teóricas mais conhecidas para abordar o problema, pretendem explicar a relação entre o direito internacional e o direito interno como um todo, abrangendo os costumes internacionais. No Brasil, diante da ausência de normas escritas disciplinando tal relação, o Supremo Tribunal Federal tem sido protagonista em elaborar, por meio de sua jurisprudência, sob quais critérios e parâmetros um tratado internacional ingressa no direito interno. O propósito deste trabalho é, a partir de uma análise indutiva da jurisprudência do Supremo pós-Constituição Federal de 1988, identificar se existem, no direito brasileiro, critérios e parâmetros aplicáveis à internalização dos costumes internacionais, a exemplo do que é feito com tratados internacionais.

Palavras-Chave: Costume Internacional; Supremo Tribunal Federal; Internalização; Monismo; Dualismo.

ABSTRACT

International treaties and custom have always been the two international law sources which have occupied a highlighted spot. However, the classic relationship between international and domestic law problem, in Brazil, has left out international customs. Monism and dualism, the two better known theoretical approaches to face this issue, aim to explain the relationship between international and internal law as whole, including international customs. In Brazil, facing the absence of written rules regulating such relationship, the Supremo Tribunal Federal has been the protagonist in elaborating, through its case law, under which criteria and parameters an international treaty enters domestic law. This study's purpose is, from an inductive analysis of post-1988 Federal Constitution case law, identify if there are, in Brazilian law, criteria and parameters applicable to the internalization of international customs, similar to what is done with international treaties.

Keywords: International Custom; Supremo Tribunal Federal; Internalization; Monism; Dualism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. AS COMPLICADAS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO NACIONAL	13
1.1. O debate entre monismo e dualismo	13
1.1.1 – O dualismo de Triepel	13
1.1.2 – O monismo de Kelsen	16
1.2 - Internalização e natureza jurídica da norma internacional.....	19
1.2.2 – A internalização de tratados internacionais.....	20
1.2.3 – A incorporação de costumes internacionais	22
1.3 - O direito internacional no direito brasileiro.....	25
1.3.1 - Fontes não-convencionais de direito internacional no direito brasileiro.....	36
1.4 - O costume internacional no direito brasileiro: um ponto de partida.....	40
2. A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO SEGUNDO O DIREITO BRASILEIRO	47
2.1 – Noções preliminares sobre a imunidade de jurisdição	47
2.2 – Imunidade de jurisdição no supremo tribunal federal	50
2.2.1- Uma breve visão geral da Imunidade de jurisdição na jurisprudência do STF.....	50
2.2.2 – A relativização da imunidade de jurisdição na jurisprudência do STF	52
2.2.3 – A consolidação da imunidade dos atos de império	57
2.2.4 – Imunidade de execução	60
2.3 – Imunidade de jurisdição no STF: internalização, natureza jurídica e ônus da prova	66
3. O COSTUME INTERNACIONAL NO DIREITO EXTRADICIONAL BRASILEIRO	74
3.1 – A um palmo dos costumes: a potencialidade latente das extradições	75
3.2 – <i>Jus cogens</i> e a extradição nº 1.362/2016.....	77
3.2.1 – Breve nota sobre <i>jus cogens</i> nas decisões do Ministro Ricardo Lewandowski.....	80
3.2.2 – A Extradição nº 1.362/2016 e os crimes de lesa-humanidade.....	81
3.3 – Internalização, natureza jurídica e ônus da prova do costume internacional nas extradições julgadas pelo STF.....	95
CONCLUSÃO	99
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	106

INTRODUÇÃO

Os grandes clássicos, como Hugo Grócio e Francisco Suárez, sempre deram relevo aos costumes, identificando desde já seu papel de destaque na formação do direito das gentes¹. Contemporaneamente, o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, consagrou o costume internacional como uma das principais fontes do direito internacional. Apesar disso, em geral, os tratados internacionais gozam de muito mais influência nos ordenamentos jurídicos de cada país.

A relação entre direito internacional e direito interno é um dos problemas mais tradicionais do campo, tendo sido objeto de estudo recorrente, devido aos conflitos teóricos e práticos advindos de choques entre normas dessas duas origens. Daí surgiram duas grandes correntes que se propunham a resolver a questão: o dualismo e o monismo. Tanto uma quanto a outra visavam explicar teoricamente como o direito internacional como um todo interagira com o direito doméstico de cada Estado. No Brasil, esse clássico embate foi recepcionado como se tratasse apenas da incorporação de tratados internacionais.

Assim, o direito brasileiro dedicou-se a entender como se daria o contato com tratados internacionais, elaborando parâmetros para sua internalização e aplicação interna. Nesse ínterim, os costumes internacionais foram esquecidos. Tendo em vista que os costumes internacionais nunca deixaram de ser protagonistas no direito internacional, a proposta do presente trabalho é trazê-los ao centro da controvérsia de monismo e dualismo no Brasil, na tentativa de descobrir como o direito brasileiro assimila esse tipo de norma internacional.

Isso significa identificar como o direito brasileiro internaliza o costume internacional. Em termos mais concretos, se existe, no Brasil, algum procedimento de internalização e alguma natureza jurídica específica, no ordenamento jurídico brasileiro, a respeito da norma internacional consuetudinária. Para fins de método, a pergunta de partida é: no direito brasileiro, qual(is) o(s) procedimento(s) jurídico(s) para internalização do costume internacional e que natureza jurídica interna ele assume?

¹ LEPARD, Brian D. Customary International Law: A New Theory with Practical Applications. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, pp. 1-2.

A hipótese que se pretende questionar com a condução da pesquisa é de que ordenamento jurídico brasileiro não possui regras de internalização nem atribui natureza jurídica específica às normas internacionais de natureza costumeira, salvo as relativas à imunidade de jurisdição. Ou seja, de que não se verifica tratamento similar ao dado à outras fontes de direito internacional: parâmetros nacionais (ainda que questionáveis) de internalização e natureza jurídica. Se parte da suposição de que, mesmo quando confrontado por situações em tese regulados por um costume internacional ao qual o Brasil está obrigado, o direito brasileiro não o reconhece juridicamente.

Não o reconhece porque não possui regras sobre a necessidade ou não de internalização do costume, sobre qual o status jurídico do costume internacional no direito doméstico, sobre como este se relaciona com outras espécies normativas. Para averiguar a realidade desta suposta ausência, é preciso delinear em maiores detalhes os aspectos metodológicos da pesquisa.

Um ponto que não se pode perder de vista, é que, não obstante filiado à tradição romano-germânica, que privilegia a codificação e as normas escritas, o direito brasileiro é pobre em previsões legislativas em matéria de direito internacional. Historicamente, esta pobreza fez do judiciário protagonista em estabelecer os parâmetros que orientam a interação entre direito doméstico e internacional no Brasil. O maior exemplo de tal protagonismo é o fato de que as regras que regem a internalização e natureza jurídica de tratados internacionais no direito brasileiro sejam depreendidas de julgados paradigmáticos do STF. Embora atípico em sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, o que se verifica é que os fundamentos dos precedentes do Supremo em matéria de internalização de tratados são reproduzidos pela jurisprudência e literatura acadêmica como regras das quais não se pode desviar. Logo, é provável que as regras brasileiras que disciplinam a relação do direito doméstico e do direito costumeiro internacional também possam ser conhecidas recorrendo à expediente semelhante.

Assim considerado, para atingir o objetivo estabelecido, se optou pela realização de uma pesquisa de precedentes junto ao Supremo Tribunal Federal. De início, foram levantados julgados do Supremo que continham menções às expressões “internacional”, “costume”, “costume internacional”, “norma internacional”, “norma costumeira”, “*opinio juris*” (e “*opinio iuris*”), “*jus*

cogens”, “objeto persistente” e “imunidade”, com uso da ferramenta de pesquisa do próprio STF. Tais expressões foram escolhidas por serem de amplitude e especificidade adequadas. Isto é, a partir dessas expressões, a base de dados levantada foi ampla o suficiente para se ter segurança de que não se deixou nada relevante de fora, e tematicamente concentrada para se garantir que a análise se ocuparia apenas das decisões pertinentes.

Quanto a análise dos precedentes levantados, esta foi sempre orientada para atentar a *ratio decidendi* da decisão, cuja definição adotada para este trabalho é aquela dada por MacCormick:

[Uma] *ratio decidendi* é uma deliberação expressa ou implicitamente dada por um juiz que é suficiente para solucionar uma questão jurídica colocada como argumento pelas partes em um caso, sendo uma questão em que uma deliberação era necessária para a justificativa dele(a) (ou uma das justificativas alternativas dele(a)) da decisão do caso.²

A relevância de compreender se um fundamento se classifica como *ratio decidendi* ou não deriva do fato de que, em o sendo, o fundamento figura como necessário para a solução daquela questão jurídica também em outras circunstâncias. Dependendo do sistema jurídico, a *ratio decidendi* pode ser desde vinculante até persuasiva para outros casos. De um modo ou de outro, é sempre o aspecto mais influente de uma decisão. Em contraste, o *obiter dictum* é aquele pronunciamento pelo juiz que exprime uma opinião sobre o direito aplicável, e pode até assessorar na deliberação, porém não é indispensável para a solução da questão jurídica colocada³. Apesar disso, o *obiter dictum* pode servir de guia para tendências do direito, ou mesmo auxiliar na interpretação da *ratio decidendi*.

É possível dizer, então, que a metodologia do trabalho foi de orientação indutiva. A intenção é que, partindo de casos julgados e pronunciamentos concretos do STF, fosse possível obter parâmetros jurídicos gerais da internalização de costumes internacionais no direito brasileiro,

² Tradução do autor. No original: “[A] *ratio decidendi* is [a] ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties’ argument in a case, being a point on which a ruling was necessary to his/her justification (or one of his/her alternative justifications) of the decision in the case”. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 153.

³ *Ibid*, p. 145.

subsumíveis a quaisquer circunstâncias. Tal qual se faz com o RE 80.004/77 e o RE 466.343/09, por exemplo.

Ocorre que uma análise da jurisprudência completa do Supremo demandaria tempo e recursos que não estão disponíveis a esta pesquisa. Seria impossível que este trabalho, realisticamente, abordasse todo o arcabouço de julgados de um Tribunal cuja origem remonta ao Brasil imperial. Sabe-se que a escolha de uma metodologia sólida e apropriada deve sempre considerar a capacidade de fato de se realizar a pesquisa.

Por isso, optou-se pela utilização de um marco temporal. Os julgados levantados e analisados não provinham da vida inteira do STF, mas de um trecho dela. Como o que se queria encontrar eram parâmetros jurídicos contemporâneos, é decorrência lógica se tratar do tempo presente. Como marco inicial, escolheu-se 1988, por ser o ano de promulgação da Constituição Federal - e assim, inauguração do ordenamento jurídico brasileiro -, e por delimitar um período de tempo razoável de 32 anos.

A pesquisa foi realizada em quatro etapas principais. A primeira etapa consistiu numa primeira coleta dos julgados a serem analisados. Em seguida, foi necessário recurso à uma catalogação preliminar, criando indexadores próprios a partir de uma leitura *prima facie* do material coletado, especialmente da ementa. Na terceira etapa, foi feita efetivamente a análise do material, extraindo-se constatações atinentes à hipótese inicial. Finalmente, partindo-se dos achados, a conclusão elabora se é ou não possível sistematizar a internalização do costume internacional pelo direito brasileiro, contando com parâmetros elaborados a partir do material levantado.

Dessa forma, o primeiro capítulo é uma grande contextualização do problema de pesquisa (a internalização de costumes internacionais pelo direito brasileiro) a partir da clássica controvérsia entre as correntes teóricas do monismo e dualismo, que se pretendem a explicar as relações entre direito internacional e direito doméstico, bem como das especificidades do ordenamento nacional frente esse debate. O segundo e terceiro capítulos já são reflexos da pesquisa jurisprudencial realizada.

O segundo capítulo compreende os julgados do STF no tema da imunidade de jurisdição. Esse é a área que a pesquisa quantitativa indicou que o Tribunal mais consistentemente se debruçou sobre as normas internacionais consuetudinárias, aprofundando-se especificamente nas posições adotadas quanto à relativização da imunidade, imunidade de execução e atos de império. A seu turno, o terceiro capítulo engloba os julgados do Tribunal no tema da extradição, que, por sua própria natureza, tem contato íntimo com o direito internacional (o que se refletiu na pesquisa quantitativa), dedicando especial atenção à extradição nº 1.362/2016, julgado pouco estudado pela academia, que aborda a possibilidade da aplicação de norma de *jus cogens* pelo direito brasileiro. Por fim, a conclusão compila as conclusões parciais dos capítulos e intenta responder as indagações já expostas nesta introdução.

A extensiva pesquisa realizada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acabou por levantar as 101 decisões colegiadas e 129 decisões monocráticas utilizadas no curso do presente trabalho. Após indexação, todas elas foram consolidadas na tabela que se encontra no anexo I. As análises e conclusões foram feitas com base nesta tabela, e todas as referências feitas no decorrer do trabalho à jurisprudência levantada, em especial às de ordem quantitativa, referem-se especificamente a ela.

AS COMPLICADAS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO NACIONAL

1.1. O debate entre monismo e dualismo

Muitos foram os que se propuseram a explicar qual a relação entre o direito internacional e o direito interno de cada Estado. Foi na virada do século XIX e início do XX que os termos atuais do debate foram primeiro estabelecidos. Em suma, a academia hoje destaca dois grandes grupos conceituais de compreensão da questão. O primeiro grupo, o das teorias monistas, compreende existir um único ordenamento jurídico que comporta o direito internacional e direito interno em alguma relação vertical. Quanto ao segundo, o das teorias dualistas, compreende que o direito internacional e o direito interno compõem cada qual um ordenamento, de características radicalmente distintas, inexistindo relação entre um e outro.

A fim de melhor compreender o enquadramento do problema, caro à própria compreensão do costume internacional no direito brasileiro, cabe um exame mais apurado acerca das características das duas abordagens clássicas. Para tanto, se remeterá aos dois principais autores associados às abordagens dualista e monista das reações entre direito internacional e direito interno.

O maior nome do dualismo é Heinrich Triepel, jurista alemão que ministrou curso na Academia de Direito Internacional da Haia sobre o tema em 1925. Por sua vez, um dos juristas mais comumente identificados com o monismo é Hans Kelsen, o célebre nome do positivismo normativo. Embora geralmente reconhecido pela contribuição à teoria do direito, o austríaco também fez importantes aportes ao direito internacional, tendo inclusive lecionado não apenas um, mas três cursos na Academia de Direito Internacional da Haia, sendo o de 1928 dedicado à questão do monismo.

1.1.1 – O dualismo de Triepel

Triepel considera o direito internacional e o direito interno espécies tão radicalmente distintas do fenômeno jurídico que não se conectam. O autor sustenta existirem dois principais critérios para distinguir espécies de direito: pelas relações sociais reguladas e pela vontade de qual emana o direito. Por exemplo, é possível identificar – e opor – o direito penal ao direito administrativo pelas relações que os mesmos regulam. Igualmente, se pode identificar e opor o direito brasileiro e o direito peruano pois se originam de vontades distintas. Nesse sentido, defende Triepel, é que se opõe o direito internacional e o direito interno⁴.

De acordo com o jurista alemão, as regras jurídicas são originadas em uma declaração de vontade, que lhes confere uma dimensão objetiva à medida que é uma vontade superior às vontades individuais. Triepel se refere aqui ao Estado. Assim, a vontade estatal seria a fonte primeira do direito nacional. Situação bem distinta a do direito internacional. Esse teria como fonte não a vontade do Estado, mas uma vontade comum dos Estados. Necessário atentar que não se trata de uma soma das vontades estatais internas, vez que a comunidade internacional não poderia ter origem pela sobreposição de vontades domésticas, e sim de uma mesma vontade comum dos Estados⁵.

A distinção entre direito interno e direito internacional também prevalece pelo critério das relações sociais reguladas, o objeto das normas, por assim dizer. O direito doméstico disciplina as relações dos sujeitos subordinados ao Estado, sejam elas particular-particular (direito privado) ou particular-Estado (direito público). A seu turno, o direito internacional regula as relações entre Estados iguais⁶. Em âmbito internacional, não se poderia falar em relações de subordinação entre um Estado e outro, e nem se poderia falar em particulares com direitos e deveres internacionais⁷.

É precisamente sob a diferença nas fontes e relações sociais reguladas pelo direito interno e pelo direito internacional que Triepel assenta sua teoria dualista:

⁴ TRIPEL, Carl H. *Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International*. Recueil de Cours de L'Académie de Droit International, tomo I, 1925, p. 79.

⁵ *Ibid.*, p. 82.

⁶ *Ibid.*, p. 80-82.

⁷ Vale lembrar que, no início do século XX, a ideia do indivíduo como sujeito de direito internacional não tinha a tração que tem hoje.

Se as deduções que foram feitas são corretas, a consequente conclusão é que o direito internacional público e o direito doméstico são não apenas partes, ramos distintos do Direito, mas também sistemas jurídicos separados. São dois círculos que estão em contato íntimo, mas que nunca se sobrepõe. Como o direito doméstico e o direito internacional não se referem às mesmas relações, é impossível que haja alguma vez uma <concorrência> das fontes dos dois sistemas jurídicos.⁸

A afirmação de que direito interno e direito internacional são dois sistemas normativos radicalmente distintos carrega relevante consequência prática. Seria impossível que uma mesma situação de fato fosse simultaneamente regulada por ambos os direitos, sendo para tanto necessária a criação de uma norma interna para corresponder à norma internacional, ou vice-versa. Por exemplo, um tratado internacional de extradição, enquanto válido no direito internacional, não teria natureza jurídica no direito interno e, portanto, seria inaplicável internamente. Apenas uma norma interna, como uma lei, correspondente ao tratado, poderia regular relações sociais de direito doméstico para efetuar a extradição.

Triepel adverte, entretanto, que não se pode denominar de “adoção” ou “incorporação” o processo pelo qual se cria uma norma interna correspondente à norma internacional. Como a norma interna seria destinada à sujeitos totalmente distintos, em verdade seria uma norma totalmente nova, cujo processo de criação é independente da norma internacional. Essa abordagem conceitual preserva a noção de que os sistemas normativos doméstico e internacional são independentes e não enxergam valor jurídico um no outro.

Em suma, conforme o dualismo de Triepel, obrigações e direitos de determinado Estado oriundos do direito internacional não existem no ordenamento jurídico interno desse Estado. Para tanto, seria necessário que fossem reproduzidos em norma interna, criada por procedimento legiferante próprio ao Estado, adquirindo assim o status jurídico nacional com os consequentes e regulares efeitos no plano doméstico. Em contraposição à concepção dualista das relações entre

⁸ Ibid, p. 83. Tradução do autor. No original: “*Si les déductions que viennent d'être faites sont exactes, la conclusion suivante en résulte: le droit international public et le droit interne sont non seulement des parties, des branches du droit distinctes, mais aussi des systèmes juridiques distincts. Ce sont deux cercles qui sont en contact intime, mais que ne se superposent jamais. Puisque le droit interne et le droit international ne régissent pas les mêmes rapports, il est impossible qu'il y ait jamais une <concurrance> entre les sources des deux systèmes juridiques*”.

direito internacional e direito interno, coloca-se o monismo, que será exposta a seguir por meio da obra de Hans Kelsen.

1.1.2 – O monismo de Kelsen

Para Kelsen, é ilógica a coexistência de sistemas normativos que não se comunicam ou reconhecem. É imperativo lógico que todo o Direito, seja de natureza internacional ou nacional, esteja contido numa mesma relação sistemática. Apoiado na noção de que a validade de uma norma decorre de procedimento estabelecido ou autorizado por uma norma superior, ele concebe uma relação hierárquica entre o direito doméstico e o internacional, buscando as normas nacionais seu fundamento de validade em normas internacionais, ou o contrário⁹.

Realmente, de início, o fundador da teoria pura do direito admite que, em tese, é possível tomar como ponto de partida tanto o postulado do primado direito interno como o do primado do direito internacional¹⁰. Entretanto, conforme Kelsen melhor expunha sua concepção, foi assentando que é o Direito Internacional que conforma a base da ordem jurídica nacional¹¹. Discorrer sobre a trajetória teórica do autor austríaco, além de tarefa árdua, foge ao escopo do presente trabalho. Assim, se limitará a expor a concepção de monismo pela qual Kelsen ficou conhecido, ou seja, da unidade sistêmica de todo o Direito, compreendendo uma relação entre Direito Internacional e direito nacional, em que o segundo é subordinado ao primeiro.

De antemão, é necessário ressaltar que Kelsen concebe as normas jurídicas como o objeto precípua da ciência do direito¹². Assim, o Direito é um sistema normativo, um conjunto de normas que regulam a conduta humana. Pela centralidade que ocupam as normas na teoria kelseniana, logo se levanta a questão da validade das mesmas. Ao problema da validade da norma, o jurista austríaco responde: o fundamento de validade de uma norma se encontra em outra norma superior. Posto de

⁹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 368 e ss.

¹⁰ DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. Direito Internacional Público. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003., p. 98

¹¹ BORGES DE MACEDO, Paulo Emílio; PONTES, Jean. Hans Kelsen e a prevalência do direito internacional: um lugar para a *Grundnorm*. In: Direito Internacional. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 333.

¹² KELSEN, Hans. *Ibid*, p. 79.

outra forma, o fato de uma norma ser válida decorre de sua edição por uma autoridade legiferante, cuja competência para legislar se depreende também de outra norma válida. Haveria, portanto, sempre remissão a uma norma superior. O que impediria uma remissão interminável seria então a norma fundamental (*Grundnorm*).

A norma fundamental, ao contrário das demais, seria uma norma pressuposta, dado que não foi colocada por uma autoridade, e seu fundamento de validade não pode ser questionado dentro da ciência jurídica. O fato de que todas as normas tenham origem comum na norma fundamental torna possível afirmar que existe um conjunto normativo. Segundo Kelsen:

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.¹³

Feito o brevíssimo resumo dos pontos chave da teoria jurídica kelseniana, cumpre expor suas considerações específicas à relação entre Direito Internacional e direito interno.

Kelsen reputa que não podem coexistir duas ordens normativas válidas advindas de dois fundamentos distintos e independentes. Isso significaria admitir a validade (e assim, imperatividade) simultânea de normas eventualmente contraditórias, em afronta ao princípio lógico que algo não pode ser e não-ser ao mesmo tempo. Assim, em se tratando da ciência normativa, essa hipótese ilógica de convívio de duas normas jurídicas contraditórias é aprioristicamente excluída¹⁴.

Diante da impossibilidade de admitir a validade jurídica de duas ordens normativas diferentes e independentes entre si, prossegue Kelsen, decorre que em verdade existe uma relação entre elas. Dita relação entre os sistemas normativos revela que a independência dos mesmos é

¹³ KELSEN, Hans. Ibid, p. 215-217.

¹⁴ KELSEN, Hans. Les Rapports de système entre le droit interne et le droit international public. Recueil de Cours de L'Académie de Droit International, tomo 14, 1926, p. 267.

apenas relativa, sendo eles ou fracionários ou subordinados de uma ordem maior, o que não compromete a higidez lógica da ciência normativa. Dois tipos de relação atendem esse plano conceitual: coordenação ou subordinação.

Uma relação de coordenação supõe dois sistemas normativos equivalentes, subordinados à um terceiro sistema, superior a ambos, que delimita o domínio de cada um, resolvendo o problema da contradição. A seu turno, uma relação de subordinação implica um laço hierárquico entre uma e outra ordem normativa, o que significaria que a ordem inferior é mera fração da ordem superior, esta sim representando o todo, um esquema que também bloqueia contradições, vez que norma inferior que contradiz norma superior é nula. Como se vê, portanto, a relação que se sobrepõe, em última análise, é a de subordinação. Tal subordinação, segundo o autor, pela lógica, poderia ser tanto com prevalência do direito internacional em relação ao direito interno quanto o contrário. Na opinião do jurista, entretanto, a prevalência do monismo com prevalência do direito interno poderia levar a um “egotismo jurídico”, com cada Estado julgando seu próprio direito como o único verdadeiro. Por isso, Kelsen opta pela segunda alternativa, ou seja, pela primazia do direito internacional¹⁵. E é sob essa ótica que Kelsen concebe a relação entre direito interno e internacional¹⁶.

Eis a origem teórica do postulado da primazia do direito internacional sobre o direito nacional. O direito internacional possuiria um caráter jurídico alheio à vontade dos Estados. A obrigatoriedade de cumprir tratados não derivaria simplesmente da subjetividade dos mesmos, mas do princípio *pacta sunt servanda*, objetivamente colocado. Essa dimensão objetiva chancela o direito internacional enquanto Direito.

O elo hierárquico entre direito internacional (objetivo e parcialmente independente à vontade estatal, como observado) e direito interno torna-se evidente, na teoria kelseniana, ao passo que as noções de “soberania” e “Estado” são regradas por normas internacionais. Conforme o autor, os poderes estatais decorrentes da soberania são atribuídos pelo direito internacional:

¹⁵ BORGES DE MACEDO, Paulo Emílio; PONTES, Jean, *Op. Cit.*, p. 338.

¹⁶ KELSEN, *Op. Cit.*, p. 270.

Se não entendemos soberania apenas como um conjunto de atribuições do Estado, podemos muito bem dizer que a soberania do Estado não é apenas conciliável com a existência de um direito internacional superior ao Estado, mas que ela consiste precisamente em uma potência jurídica que lhe é conferida por esse direito.¹⁷

Assim, o Estado soberano tem as competências estabelecidas por normas hierarquicamente superiores de direito internacional. As ordens normativas nacionais, produtos dos Estados soberanos, derivam sua validade jurídica de normas internacionais. Tudo num mesmo sistema normativo. Conseqüentemente, a regra é que os conflitos entre direito interno e direito internacional se resolvam tais quais conflitos entre lei interna e constituição: leva-se em conta a hierarquia normativa para aferir nulidade ou anulabilidade¹⁸.

1.2 - Internalização e natureza jurídica da norma internacional

Ainda hoje é comum que o tema da relação entre direito internacional e direito interno seja evocado sob os moldes teóricos do monismo ou dualismo, embora haja posições que apontem ser imprático¹⁹, anacrônico²⁰, ou mesmo irrelevante²¹ uma abordagem deste tipo nos dias de hoje. De fato, embora seja pertinente compreender os pressupostos do monismo e do dualismo, é preciso ter cautela para que o problema não seja engolfado por discussões descoladas da realidade.

Independente da concepção que se adote, será sempre necessário recorrer ao direito nacional para compreender como cada Estado cumpre internamente com as normas internacionais²². A

¹⁷ Ibid, p. 313. Tradução do autor. No original: “*Si l'on n'entend par souveraineté que l'ensemble d'attributions de l'État, on peut bien dire que la souveraineté de l'État est non seulement conciliable avec l'existence d'un droit international supérieur à l'État, mais qu'elle consiste précisément em une puissance juridique qui lui est conférée par ce droit.*”

¹⁸ Ibid, p. 317.

¹⁹ CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8ª ed. Oxford University Press, 2012. p. 50.

²⁰ GIANNATTASIO, ARTHUR ROBERTO CAPELLA. The Interaction between International and Domestic Legal Orders: Framing the Debate according to the Post-Modern Condition of International Law. *German Law Journal*, v. 19, n.1, p. 1-20, 2018. p.18.

²¹ BINENBOJM, Gustavo. Monismo e Dualismo no Brasil: Uma Dicotomia Afinal Irrelevante. In: *Revista da EMERJ*, vol. 3, n. 9, 2000. pp. 180-196.

²² ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. Vol. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 83.

discussão que ignora o crucial papel do direito doméstico de cada Estado está condenada a ser uma discussão pobre.

Para fins deste trabalho, cujo propósito é analisar como o direito brasileiro se comporta em relação ao costume internacional, é de grande interesse analisar como os fenômenos decorrentes dessa relação se manifestam na prática. Nesse sentido, um dos principais problemas que se apresentam em se tratando da relação entre direito internacional e direito interno diz respeito à internalização e à natureza jurídica da norma internacional no sistema jurídico nacional.

Como exposto, a discussão tem como um dos problemas precípuos a aferição do *status* jurídico (ou sua ausência) de normas internacionais num ordenamento jurídico doméstico, tema de grande importância tanto ao monismo quanto ao dualismo. No que concerne tratados internacionais, as duas respostas tradicionais ao questionamento gravitam em torno do problema da existência e recepção.

1.2.2 – A internalização de tratados internacionais

Uma posição entende que a ratificação regular de um tratado no direito internacional, o que muitas vezes compreende certo grau de participação do legislativo, *ipso facto*, resulta no *status* de norma doméstica do tratado. Países identificados com essa posição podem ser chamados de monistas. A seu turno, a segunda posição demanda um ato legislativo interno para que o tratado tenha natureza jurídica doméstica, independente de procedimento regular de ratificação internacional. Naturalmente, países dessa posição são os dualistas²³.

Importante ressaltar que, a mera aquisição de natureza jurídica interna não faz, por si só, com que os tratados criem direitos ou obrigações plenamente oponíveis. Alguns tratados, considerados programáticos, exigem complementação legislativa para sua execução, mesmo detendo natureza doméstica. Já outros são considerados “autoexecutáveis”, quer dizer, suas

²³ BURGENTHAL, Thomas. Self-executing and non-self executing treaties in national and international law. *Recueil de Cours de L'Académie de Droit International*, v. 235, 1992, p. 315.

disposições são oponíveis tão logo adquiram natureza interna. O que define o grau de executividade do tratado internalizado será o próprio direito do Estado, com suas instituições e tradições. É possível dizer que em países monistas, alguns tratados são auto executáveis e outros não, mas em países dualistas nenhum tratado o é²⁴.

Há ainda a questão de qual natureza jurídica assume o tratado na ordem interna. Isso porque, o fato de um tratado deter *status* de norma nacional não diz nada sobre a hierarquia normativa que aquele tratado assume na ordem interna²⁵. No momento em que este já existe juridicamente no ordenamento doméstico, coloca-se o problema de qual a natureza jurídica assumida pelo mesmo. Em verdade, trata-se de um exercício de categorização. Consolidou-se, na dogmática jurídica, a preocupação de construir séries conceituais que viabilizem a subsunção entre objetos de um mesmo ordenamento jurídico²⁶.

Ao dizer o que aquela norma é e o que ela não é dentro do ordenamento jurídico nacional, identifica-se uma enorme diversidade de atributos afeitos a ela. O que se verifica, de maneira geral, é que muitas vezes a natureza da norma internacional dentro de um sistema jurídico interno é equiparada a categorias nacionais. Por exemplo, ao estabelecer que um tratado internacional é equivalente a uma lei nacional ordinária, pressupõe-se que este teria determinada hierarquia dentro do ordenamento jurídico nacional. Assim, eventuais antinomias seriam resolvidas pelos clássicos critérios da hierarquia, especialidade e anterioridade.

A solução de equiparar tratado internalizado à lei interna é das mais comuns. Além dessa, em muitos países, se adota a supremacia do tratado internalizado sobre a legislação doméstica. Estados que assumem este modelo conferem aos tratados nível hierárquico superior ao das leis internas. Indo mais além, alguns países chegam a entender que alguns tratados teriam natureza

²⁴ Ibid, p. 317.

²⁵ Ibid, p. 341.

²⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 82.

constitucional, a depender da matéria (geralmente, a hipótese se refere à tratados em matéria de direitos humanos), ou, ainda, que mesmo a Constituição estaria em patamar inferior aos tratados²⁷.

Cumprе ressaltar que nem sempre as soluções apresentadas acima (sobre internalização, auto executoriedade e natureza jurídica assumida de tratados internacionais) estão previstas no direito estatuído. Muitas vezes, o judiciário acaba por desempenhar papel importante para solidificar as regras de recepção de tratados internacionais. Apresentados os aspectos gerais da internalização de tratados em ordenamentos jurídicos nacionais, passa-se a discutir o mesmo fenômeno no que tange o direito internacional consuetudinário.

1.2.3 – A incorporação de costumes internacionais

Embora o estudo da internalização ou recepção do costume internacional não seja tão robusto quando comparado ao dos tratados, existem algumas considerações já bem estabelecidas. No Reino Unido, e na tradição da *common law* em geral, consolidou-se a chamada doutrina da incorporação, estampada na famosa formulação de que “*the law of nations is part of the law of the land*”, comumente atribuída à William Blackstone, jurista inglês do século XVIII²⁸, e sedimentada essencialmente pela via judicial. Em poucas palavras, as regras costumeiras de direito internacional seriam consideradas *ipso facto* regras de *common law*, aptas a serem aplicadas imediatamente por qualquer tribunal nacional, por exemplo.

É de se notar a similitude à ideia de tratados autoexecutáveis vista anteriormente. Entretanto, como assinala Shawn, a doutrina da incorporação difundiu-se no Reino Unido em uma época em que se conheciam relativamente poucas regras de direito internacional costumeiro e eram poucos os conflitos normativos entre os sistemas jurídicos nacional e internacional²⁹. Nessa veia, uma

²⁷ BURGENTHAL, Thomas. *Op cit*, p. 345.

²⁸ LAUTERPACHT, Hersch. Is International Law a Part of the Law of England? In: Transactions of the Grotius Society, vol. 25, Problems of Peace and War, Papers Read before the Society in the Year 1939, pp. 51-88, p. 52.

²⁹ SHAWN, Malcon. International Law. 6ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 141.

crítica mais contemporânea mitiga o significado original da doutrina da incorporação, considerando que o costume internacional não é *literalmente* parte do direito doméstico, mas sim fonte³⁰.

A diferença é sutil, porém significativa. Sendo parte do direito interno, o costume internacional seria passível de aplicação direta pelas cortes domésticas. Mas, ao ser encarado como fonte, passa a ter um caráter orientador, servindo como licença para que o julgador encontre ou exponha uma regra interna análoga ou similar, no que por vezes é chamado de fonte material. Em verdade, desde esse ponto de vista, a doutrina da incorporação seria então uma doutrina de adoção ou tradução. Nas palavras de O'KEEFE:

Vale enfatizar nesse ponto que os termos 'incorporação' (como conceitualizado aqui), 'transformação', 'adoção', 'tradução', 'transposição' e similares não são mais que metáforas do que realmente está acontecendo, e, como muitas metáforas, elas tendem a obscurecer tanto quanto prometeram iluminar. Tudo o que realmente acontece quando uma corte Inglesa aplica a doutrina da incorporação é que, ciente da operação no plano internacional de uma regra relevante de direito internacional costumeiro, o juiz enuncia uma regra o-tanto-análoga-quanto-possível de common-law. (...). A regra de direito internacional costumeiro serve tão somente como a 'fonte histórica ou persuasiva' da regra de common-law: inspirada, como se diz, pelo direito internacional costumeiro, a corte determina a regra de common-law do modo usual.³¹

São flagrantes os laços dessa concepção com a tradição jurídica anglo-saxã. Independentemente, admitindo-se a versão mais robusta e literal da doutrina da incorporação ou sua versão mais mitigada, é certo que se trata de uma resposta (ainda que talvez não exaustiva) tanto ao problema da internalização quanto da natureza jurídica do costume. Nesse caso, a centralidade da locução "*the law of nations is part of the law of the land*" e suas repercussões jurídicas nos países de *common law* pode ser creditada às cortes domésticas e jurisconsultos. Não

³⁰ O'KEEFE, Roger. The Doctrine of Incorporation Revisited. In: British Yearbook of International Law, vol. 79, n. 1, p. 7-85, 2008, p. 58.

³¹ Ibid, p. 60. Tradução do autor. No original: "*It pays to emphasize at this point that the terms 'incorporation' (as conceptualized here), 'transformation', 'adoption', 'translation', 'transportation' and the like are no more than metaphors for what is actually going on, and, like many metaphors, they tend to obscure as much as they promise to enlighten. All that really happens when an English court applies the doctrine of incorporation is that, mindful of the operation on the international plane of a relevant rule of costumar international law, the judge enunciates an as-near-as-possible-analogous common-law rule. (...) The costumar international rule serves merely as the 'historical or persuasive source' of the common-law rule: inspired, as it were, by costumar international law, the court lays down the common-law rule in the usual way*".

quer dizer que seja o único caminho a explicar o fenômeno da internalização do costume internacional.

Por vezes, a própria constituição nacional faz referência direta ao costume internacional e sua relação ao direito interno, o que é de grande relevância para sistemas jurídicos de tradição romano-germânica. Grande exemplo é o art. 25 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, que preceitua que as regras de direito internacional gerais são parte integral da lei federal e tomam precedência sobre as leis, criando diretamente direitos e obrigações para os habitantes do território federal.

Em outros casos, ainda que não haja menção explícita à costumes internacionais, há uma aparente codificação de regras internacionais costumeiras bem reconhecidas. Nesse sentido, o art. 29, inciso I, da Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia, prevê ao estrangeiro o direito de pedir e receber asilo ou refúgio político por perseguição ideológica ou política em conformidade com “as leis e os tratados internacionais”.

Em todo caso, subsiste a questão da autoexecutividade do costume internacional no direito nacional. Quer dizer, ainda que se considere o costume internacional como parte ou fonte do direito doméstico, é preciso entender se o ordenamento jurídico doméstico exige algum tipo de regulamentação normativa própria para sua aplicação, ou se isso dependeria do tipo de costume.

Em suma, ainda que não existam teorias tão robustamente desenvolvidas quanto à doutrina da incorporação em determinados sistemas jurídicos, alguns ordenamentos contam com princípios ou normas expressamente disciplinando a relação do direito interno com o costume internacional, ou, ao menos, revelando possíveis relações entre um e outro. Num segundo momento, cabe considerar sobre a necessidade ou não de regulamentação interna do costume internacional. Como dito anteriormente, a compreensão do fenômeno deve pautar-se sobretudo no exame do direito nacional. Portanto, ao examinar como o direito brasileiro assimila o costume internacional, ou seja, como se compreende o fenômeno da internalização do costume internacional no Brasil, cabe voltar-se ao direito brasileiro.

1.3 - O direito internacional no direito brasileiro

Sendo o direito brasileiro filiado à tradição jurídica Romano-germânica, a lei escrita tem protagonismo sobre outras fontes de direito, como ilustra o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Assim, seria primeiro na Constituição Federal e legislação que a interação entre Direito Internacional e interno deveria se pautar no Brasil. Entretanto, as previsões escritas acerca desta matéria são escassas (em certos casos, a palavra adequada é mesmo “ausentes”).

Notadamente, a Constituição Federal de 1988 disciplina como é exercido o *jus tractum* no país. No Brasil, a competência para negociar, assinar e se obrigar por tratados é compartilhada entre Executivo e Legislativo federais. Ao Presidente da República, compete privativamente “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional” (art. 84, VIII, CF/88). Por sua vez, ao Congresso Nacional compete exclusivamente “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art. 49, I, CF/88).

Depreende-se que, enquanto o Presidente pode delegar sua fração do *jus tractum*, o Congresso Nacional detém competência exclusiva, isto é, indelegável, para decidir definitivamente sobre a celebração daqueles atos internacionais convencionais que impliquem “encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”. É de se notar que, pela vagueza da redação do art. 49, I, CF, predomine a compreensão de que a análise pelo Congresso Nacional dos atos internacionais celebrados pelo Presidente seja a regra incontroversa. A esta regra, excetuam-se somente os chamados acordos executivos.

Oriundos do direito estadunidense, a figura dos acordos executivos corresponderia à ajustes internacionais firmados pelo Presidente que dispensariam o assentimento parlamentar. No Brasil, Rezek defende que apenas três espécies de acordos executivos são compatíveis com a constituição de 1988: (i) acordos meramente interpretativos de cláusulas de tratados já vigentes; (ii) acordos

que decorrem, lógica e necessariamente, de algum tratado vigente e são seu complemento; e (iii) acordos de *modus vivendi*, que não visam alterar o estado das coisas, mas mantê-lo³².

Seja como for, certo é que, no Brasil, prevalece a norma de que tratados internacionais celebrados pelo Presidente se sujeitam à referendo do legislativo federal. Como a Constituição brasileira não oferece maiores esclarecimentos acerca do trâmite interno de atos internacionais celebrados pelo Presidente, o procedimento que hoje vigora foi consolidado de forma costumeira, e encontra-se esparsamente regulado pelos regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal³³. O Presidente da República, após a assinatura do ato internacional e consequente autenticação do texto, envia o mesmo à Câmara dos Deputados na forma de Mensagem, acompanhada de exposição de motivos.

O Presidente da Câmara dos Deputados distribui a Mensagem às Comissões pertinentes, cabendo geralmente à Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional a apresentação do Projeto de Decreto Legislativo. O Projeto tramita regularmente pelas comissões pertinentes e Plenário, e em caso de aprovação, é eventualmente remetido ao Senado Federal, onde o trâmite ocorre de igual maneira. Caso haja aprovação pela casa legislativa, há a edição de um Decreto Legislativo que autoriza o Presidente da República a ratificar o ato internacional. A espécie legislativa utilizada é condizente com o texto constitucional, tendo em vista que o Decreto Legislativo diz respeito às atribuições exclusivas do Congresso Nacional.

Cabe também mencionar a hipótese da edição de Decreto Legislativo autorizando a ratificação do tratado sob reservas, o que obriga o Presidente a acatar as reservas do legislativo caso deseje prosseguir com a ratificação.

³² REZEK, Francisco. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. In: Revista de Informação Legislativa, v. 41, n. 162, p. 121-148, 2004, p. 133.

³³ Por exemplo, no art. 151, I, “j”, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (“Art. 151. Quanto à natureza de sua tramitação, podem ser: (...) I - urgentes as proposições: (...) j) oriundas de mensagens do Poder Executivo que versem sobre acordos, tratados, convenções, pactos, convênios, protocolos e demais instrumentos de política internacional, a partir de sua aprovação pelo órgão técnico específico, através de projeto de decreto legislativo, ou que sejam por outra forma apreciadas conclusivamente”) e no capítulo IV do Regimento Interno do Senado Federal (“CAPÍTULO IV DOS PROJETOS REFERENTES A ATOS INTERNACIONAIS (CONST., ART. 49, I)”).

Relevante notar que a edição do Decreto Legislativo não constitui para o Presidente uma obrigação de ratificação. Isso porque a CF/88 determina que a competência privativa para celebrar tratados é do Presidente da República, que também é o representante do Estado brasileiro nas relações internacionais³⁴. Assim, a edição do Decreto Legislativo trata-se mesmo de hipótese de autorização, sendo eventual ratificação ato discricionário do Presidente da República. Caso opte pela ratificação, é por meio da edição de um Decreto Executivo que a convenção internacional é em definitivo internalizada no ordenamento jurídico brasileiro, apta a ser aplicada pelo direito nacional, desde que vigente no plano internacional.

Os efeitos jurídicos do Decreto Executivo que promulga um tratado merecem uma análise um pouco mais apurada, pois são cruciais à compreensão do fenômeno da internalização do direito internacional no direito brasileiro. O Decreto Legislativo que o precede tem o propósito de autorizar que o Presidente da República ratifique o tratado internacional. A ratificação, como indica a aceção comum, significa a confirmação do consentimento de se obrigar ao tratado³⁵. A forma da confirmação é deixada à cargo dos negociantes, porém, em geral, a ratificação é realizada pela troca de instrumentos (em caso de tratados bilaterais) ou pelo depósito de instrumento de ratificação junto à instituição custodiante (muitas vezes, o Secretariado da ONU)³⁶. O ato de ratificação ganha relevância na medida em que, via de regra, é o ato que coloca em vigência o tratado no direito

³⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 462. Em mesmo sentido, parecer exarado em 1948 por Hildebrando Accioly na qualidade de Consultor Jurídico do Itamaraty, em que opina que: “*é verdade que a Constituição Federal [de 1946], em seu art. 66, nº 1, declara ser da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebrados com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República. Parece-me, porém, que essa estipulação deve ser entendida no sentido de que o tratado – celebrado como deve ser, pelo Presidente da República (por meio de delegado seu) – não está completo, não pode ser definitivo, sem a aprovação do Congresso Nacional. Aquela expressão significa, pois, que o tratado celebrado pelo Poder Executivo não pode ser confirmado ou entrar em vigor sem a aprovação do Congresso Nacional, mas não quererá dizer que essa aprovação obrigue o Presidente da República a confirmar o tratado. E não quererá dizer isso, não só porque seria, então, desnecessária a ratificação, mas também porque o órgão das relações exteriores do Estado, aquele a quem compete privativamente manter relações com Estados estrangeiros, é o Presidente da República – que, por isso mesmo, se acha mais habilitado, do que o Congresso, a saber se as circunstâncias aconselham ou não o uso da faculdade da ratificação. (...) Depois do exame pelo Congresso, estará o Presidente habilitado, ou não, a confirmar ou ratificar o ato em causa. A rejeição pelo Congresso impede a ratificação; a aprovação permite-a, mas não a torna obrigatória*”.

³⁵ À rigor, segundo a terminologia adotada pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, a ratificação é um dos meios possíveis, dentre outros, de manifestação de consentimento. Entretanto, o termo *ratificação* acaba por englobar os outros empregados pela Convenção, como *aceitação* e *aprovação*.

³⁶ DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. *Op. Cit.*, p. 142 e 189.

internacional³⁷. Assim, no momento em que dois Estados trocam instrumentos para ratificar um tratado bilateral, aquele tratado passa a vigorar. Ora, se o Decreto Legislativo autoriza a ratificação (um ato internacional), e esta por sua vez é que põe em vigência um tratado, porque seria necessária a posterior edição de um Decreto Executivo?

A publicação do Decreto Executivo que promulga um tratado internacional gera dois efeitos: constatação da regularidade do trâmite legislativo que autorizou a ratificação, e, mais importante, torna o tratado executório no plano interno³⁸. Neste ponto, a remissão à teoria dualista é inevitável e cristalina. Independentemente da vigência no direito internacional, para que um tratado seja aplicável no Brasil, é necessária sua promulgação pelo Decreto Executivo. Como se era de esperar, a independência entre o ato de ratificação e de promulgação carrega consequências naturais ao dualismo:

Os atos definitivos concernentes à vigência do tratado incumbem ao Executivo, que o ratifica no plano internacional e promulga-o mediante Decreto Presidencial para que gere efeitos internamente. Os dois atos são perfeitamente distintos e não se afetam reciprocamente. Pode haver tratado ratificado não promulgado. Nesta hipótese, o Brasil está obrigado perante os demais Estados Partes, se o tratado já viger também para eles, porém os juízes não podem aplicá-lo. Há precedente jurisprudencial muito claro a esse respeito, com endosso da doutrina e da consultoria jurídica do Itamaraty. Nessa célebre decisão, o STF considerou que o Decreto Legislativo não tem o condão de tornar vigente um tratado no Brasil, o que só ocorre depois da promulgação e publicação do Decreto Presidencial no Diário Oficial da União.³⁹

O que se constata, portanto, é que o sistema brasileiro vigente de internalização de tratados é, no mínimo, próximo da teoria dualista de relações entre direito interno e internacional. A necessidade da edição de um Decreto Executivo que promulgue o tratado para que este obtenha aplicabilidade interna (diferente da vigência internacional) supõe mesmo dois sistemas normativos distintos.

³⁷ Ibid, p. 162. Não se despreza a possibilidade de que a própria convenção disponha condições para sua entrada em vigor, como é comum aos tratados multilaterais quando estipulam um número mínimo de países depositários.

³⁸ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 228.

³⁹ LUPI, André Lipp Pinto Basto. O Brasil é Dualista? Anotações sobre a vigência de normas internacionais no direito brasileiro. In: Revista de Informação Legislativa, v. 46, p. 29-46, 2010, p. 35. O julgado ao qual se refere Lupi é a Carta Rogatória nº 8279-4/1998. Na ocasião, o STF afirmou a necessidade do Decreto Executivo para que o tratado tivesse efeito de executoriedade doméstica.

Questão diferente é como a norma convencional internacional se relaciona às demais após sua internalização. O problema fica em evidência quando se considera a hipótese de conflito entre lei interna e tratado internacional. Aqui, a Constituição Federal é ainda menos generosa do que ao disciplinar o *jus tractum* brasileiro. Somente o art. 5, § 3º, CF/88 é explícito ao apontar a natureza de determinada espécie de tratado internacional, ao consagrar equivalência entre tratados em matéria de direitos humanos e emendas constitucionais, desde que respeitado o rito da emenda.

Diante do silêncio constitucional e legal acerca da matéria, o valor normativo do tratado internacional no ordenamento jurídico brasileiro acabou por ser construído pelas mãos do judiciário:

A Ausência de uma tipificação baseada em valores para a norma internacional criou um cenário onde o judiciário tem o poder de decisão sobre o mecanismo e critérios de inclusão da norma internacional e seu valor normativo diante do ordenamento jurídico nacional⁴⁰

Assim, a referência a julgados versando sobre conflitos entre tratados e normas internas é constante. A natureza jurídica de tratados no direito brasileiro realmente se depreende das decisões judiciais, em particular do Supremo Tribunal Federal.

A compreensão que hoje predomina é de que um tratado internacional devidamente internalizado (ou seja, que tenha tramitado no Congresso Nacional com posterior edição de Decreto Executivo) possui hierarquia normativa de lei ordinária. Tal paradigma foi construído a partir do Recurso Extraordinário 80.004/77.

O mérito da controvérsia gravitava em torno de letras de câmbio, mas o caso ganhou repercussão pois havia evidente conflito entre a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias da Convenção de Genebra e o Decreto-Lei 427/69. Na ocasião, o STF decidiu pela

⁴⁰ Tradução do autor. No original: *The absence of a typification based on values for the international norm created a scenario where the judiciary has the power of decision on the mechanisms and criteria of inclusion of the international norms and its normative value before the national legal order.* MENEZES, Wagner. International Law In Brazil. In: Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, ano 103, v. 103, n. 125-130. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 1275.

prevalência da lei brasileira, dado que esta seria a mais recente. O RE 80.004/77 acabou sendo conhecido, então, como o caso que consagrou a igualdade hierárquica entre tratado e lei interna, chancelando que lei posterior derroga tratado internalizado anterior⁴¹. Em primeiro momento, o relator original, Ministro Xavier de Albuquerque, votou pela prevalência da norma internacional, mas restou vencido conforme prosseguiu o julgamento. A esse respeito, vale transcrever alguns trechos pertinentes do voto-vista proferido pelo relator para acórdão, Ministro Cunha Peixoto:

4. O cerne do problema encontra-se, pois, em nosso parecer, não nas teorias sobre o direito internacional, mas no direito constitucional de cada país.

Ora, formalmente, nos Estados de direito, a palavra lei é o ato normativo do parlamento sancionado pelo Poder Executivo ou promulgado pelo próprio legislativo, na falta de sanção em época oportuna ou de rejeição do veto. E, na advertência de Aliomar Baleeiro, “como leis devem ser entendidos, no direito positivo do Brasil, as indicadas nos incisos II, III, IV e V do art. 46 da Constituição Federal de 1967” (Direito Tributário Brasileiro, pág 356).

Ora, a Constituição Brasileira, sobre não incluir os Tratados entre as leis positivas brasileiras, estabelece normas diferentes para o processamento da lei e a ratificação do Tratado Internacional. Com efeito, o projeto de lei tem tramitação pelo Congresso Nacional, onde pode receber emendas, ser por ele votado, e, depois, sancionado ou vetado pelo Poder Executivo. Este, porém, só pode sancionar ou vetar, parcial ou totalmente, o projeto de lei, mas, nunca, nele introduzir qualquer matéria.

Por sua vez, a aprovação dos Tratados é de competência exclusiva do Congresso Nacional e sua promulgação atribuição do Presidente do Senado (art. 66, ° I, combinado com o 71 da Constituição de 1946; 47, I, combinado com o § 5° do art. 62 da Constituição de 1967 e 44, I, combinado com o § 6°, da Emenda Constitucional n° 1/69).

(...)

Com este Decreto [n° 54 de 1964] cumpriram-se todas as formalidades para a adoção do convênio de Genebra, isto é, par a sua conversão em lei, sendo importante para o estudo da matéria, observar que: a) – ter ele ratificado a Convenção pura e simplesmente, isto é, sem ressaltar as “Reservas”; b) – haver declarado aprovar a “convenção para adoção de uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias”, bem como a “convenção para a adoção de uma lei uniforme sobre cheques”; c) – “convenção destinada a regular certos conflitos em matéria de letra de câmbio e notas promissórias”, bem como “conflitos da lei em matéria de cheques”.

Portanto, o Congresso não transformou a Lei Uniforme em direito positivo brasileiro, já que, como está expresso no decreto, ficou aprovada a convenção para adoção da lei uniforme no Brasil e não sua vigência, naquele momento, no Brasil. E esta assertiva ainda mais se positiva, quando ficou declarado que destinar-se-á a aprovação a regular certos conflitos em matéria de lei daqueles títulos de crédito.

Ora, se o decreto estivesse transformando a Lei Uniforme de Genebra em lei brasileira, evidente que estava também terminando com os conflitos referentes à disciplina destes institutos.

(...)

7. Admitida, porém, apenas para argumentar a vigência da Lei Uniforme, no Brasil, não podemos dar nossa adesão à corrente que entende não poder o legislador brasileiro

⁴¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Op. Cit.*, p. 488.

introduzir [sic] nela qualquer modificação e, conseqüentemente, ser inconstitucional o Dec-lei nº 427, de 22 de janeiro de 1969.

Com efeito, se a Lei Uniforme transformou-se em direito positivo brasileiro, evidente que pode ser modificada ou revogada, como qualquer outro diploma legal. Do contrário, transformar-se ia qualquer lei que procedesse de algum tratado em super lei, em situação superior à própria Constituição Brasileira.

Realmente, de conformidade com nossa Carta Magna, a lei fonte de direito é uma emanção estatal, pressupondo órgãos competentes para ditá-la, em conformidade com a lei constitucional. E é na Constituição que se vai encontrar a forma legal, o rito da formação da lei. E aí se encontra que qualquer dos membros do Congresso Nacional pode apresentar projeto de lei, ou que altere dispositivos de lei, sendo lícito, mediante um determinado quórum, modificar a própria constituição.

Ademais, não 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. Pode o Presidente da República vetar o projeto, se aprovado pelo Congresso, mas também seu veto pode ser recusado. 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.

Portanto, ou o Tratado não se transforma, pela simples ratificação, em lei ordinária no Brasil, ou, então, poderá ser revogado ou modificado pelo Congresso, como qualquer outra lei.

(...)

Ora, demonstrado não ser inconstitucional o Dec-lei nº 427/69, passamos a examinar o caso concreto.

Diante do longo voto-vista proferido pelo Ministro Cunha Peixoto, pela possibilidade de derrogação da Lei Uniforme de Genebra pelo Decreto-Lei 427/69 por processo legislativo ordinário, formou-se a maioria. Dentre os ministros que acompanharam o relator para acórdão, houve quem apontasse uma ou outra divergência que, apesar de dificultar a compreensão da *ratio decidendi* que orientou o julgado, não interferiu na tese pelo qual o acórdão ficou conhecido⁴².

Na doutrina jusinternacionalista brasileira, há quem classifique o caso como um “retrocesso”⁴³, identificando no julgado verdadeira virada jurisprudencial. Para grande parte da

⁴² O Ministro Cordeiro Guerra diverge quanto à necessidade do decreto para incorporar a Lei Uniforme de Genebra, devido a seu caráter normativo e não contratual, e faz a ressalva de que a derrogação em comento se opera apenas no plano interno, e não internacional, no qual o instrumento adequado para revogação seria a denúncia. Por sua vez, o Ministro Leitão de Abreu expressou que não há igualdade de *status* entre lei e tratado, e que lei posterior não o pode revogar, mas que afasta sua aplicação, com resultado prático igual ao proposto pelo relator para acórdão. Já o Ministro Antonio Neder, este sim, adotou postura diversa, ao entender que não havia contradição entre o tratado e a lei, mas independentemente, no mérito, acompanhou a maioria. O Ministro Eloy da Rocha, embora tenha brevemente apontado que lei interna não pode revogar norma internacional, também não enxergou incompatibilidade entre uma e outra no caso, dando provimento ao recurso conforme o relator para acórdão.

⁴³ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Op. Cit.*, p.119.

academia, antes do RE 80.004, o judiciário brasileiro sempre conferiu aos tratados internalizados maior hierarquia que às leis brasileiras. Embora de fato o Brasil privilegiasse a aplicação de tratados em detrimento de normas internas antes do caso paradigma, há quem diga que o critério utilizado não fosse o hierárquico. Segundo Dolinger, quando o STF decidia pela aplicação do tratado frente à conflito normativo com lei nacional, utilizava o critério da especialidade. Prevalecia então a interpretação de que quando a convenção internacional detivesse natureza contratual (prevendo clássicas obrigações *inter partes* na forma de prestações sinalagmáticas), esta seria especial em relação à lei doméstica⁴⁴. Independente das numerosas críticas existentes à tal classificação⁴⁵, fato é que ela foi de suma importância na história jurídica brasileira e ainda hoje é utilizada, especialmente no que tange o direito tributário, como se verá adiante.

De todo modo, o RE 80.004 pavimentou o entendimento hoje predominante de que as normas convencionais ingressam no ordenamento brasileiro com paridade em relação às leis ordinárias⁴⁶. O mais impactante desdobramento deste entendimento é de que, em caso de antinomia entre normas de igual hierarquia, prevalece a posterior. Ou seja, se um tratado internacional anterior conflita com uma lei interna posterior, a lei interna é aplicada, e não o texto convencional.

Hoje, todo debate no tema inevitavelmente remete ao julgado. É certo que, sendo esta a regra geral em se falando da incorporação de tratados, há algumas outras particularidades que afetam a hermenêutica em relação a matérias mais específicas, como direitos humanos e direito tributário.

A respeito de tratados internacionais em matéria de direitos humanos, mais uma vez o Supremo Tribunal Federal detém protagonismo. No Recurso Extraordinário 466.343/08 discutia-se a constitucionalidade da prisão do depositário infiel. No caso, a Convenção Americana de Direitos Humanos (incorporada pelo Decreto Executivo 678/1992), que vedava esta espécie de prisão, chocou-se com legislação interna em sentido contrário. Foi vencedor o voto do Ministro

⁴⁴ DOLINGER, Jacob. As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os conflitos entre Direito Interno e Direito Internacional: um Exercício de Ecletismo. Revista Forense, v. 334, 1996, p. 102.

⁴⁵ DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. *Op. Cit.*, p. 124.

⁴⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A Opção do Judiciário Brasileiro em Face dos Conflitos Entre Tratados Internacionais e Leis Internas. Revista CEJ. v. 5 n. 14 mai./ago. 2001, p 113.

Gilmar Mendes, entendendo que tratados internacionais em matéria de direitos humanos incorporados pelo Brasil sem rito de emenda constitucional têm, via de regra, caráter supralegal e infraconstitucional. Para entender o que restou decidido pelo STF, é necessário fazer uma breve retrospectiva.

O acórdão do RE 466.343/08 fundamentou-se no art. 5, §3º da CF/88, inserido pela Emenda Constitucional 45/04:

Art. 5, §3º

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Notadamente, o dispositivo não menciona natureza infraconstitucional, mas sim constitucional. Ocorre que, até então, não existiam instrumentos convencionais em matérias de direitos humanos internalizados sob o rito de emenda constitucional, vez que não existia essa previsão. Os tratados em matérias de direitos humanos eram internalizados pelo Congresso Nacional segundo o procedimento padrão, isto é, por maioria simples nas duas casas e em único turno. Por isso mesmo, a inserção do art. 5º, § 3º na Constituição Federal acabou levantando dúvidas sobre a hierarquia desses tratados, especialmente sobre aqueles internalizados antes da emenda.

Mesmo antes da edição da EC 45/04, é preciso dizer que não havia uma única posição acerca da hierarquia de tratados internacionais em matéria de direitos humanos no direito brasileiro. Eram quatro as correntes predominantes, como inclusive pontuou o próprio Ministro Gilmar Mendes no voto condutor do RE 466.343/08: (i) hierarquia infraconstitucional aos tratados sobre direitos humanos; (ii) hierarquia supralegal; (iii) hierarquia constitucional; e (iv) hierarquia supraconstitucional. Mais do que revolver o problema de qual seria a hierarquia adotada pelo ordenamento brasileiro, a EC 45/04 abriu a necessidade de discutir se era possível a coexistência de dois níveis hierárquicos distintos para tratados internacionais em matéria de direitos humanos,

um para os internalizados antes da vigência da emenda, e outro para os internalizados após, bem como se subsistia a possibilidade de internalizar essas convenções sob o rito ordinário⁴⁷.

Como dito anteriormente, venceu no STF a tese de que os tratados internacionais de direitos humanos internalizados anteriormente à EC 45/04 possuem hierarquia supralegal e infraconstitucional, e aqueles internalizados após a referida emenda e segundo o procedimento do art. 5º, § 3º, da CF/88 possuem hierarquia constitucional. A razão da decisão é bem delineada por Wagner Junqueira:

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, (...) [o] art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, teria esvaziado a tese da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos anteriormente incorporados no nosso ordenamento jurídico, ao exigir procedimento legislativo especial para alcance desse *status* hierárquico. Todavia, essa mudança teria ressaltado o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico, abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional. (...) Ele conclui afirmando que nada impede que o legislador constitucional submeta os tratados de direitos humanos já incorporados ao procedimento especial do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal⁴⁸.

Ainda que notáveis nomes na área, dentre os quais Cançado Trindade e Flávia Piovesan, divirjam da postura adotada pelo Tribunal, pugnando que a decisão esvazia o art. 5, §2º da CF/88⁴⁹, não se pode negar que a orientação do STF é ponto de partida incontornável para compreender a incorporação de tratados de direitos humanos no direito brasileiro, ainda que existam normas constitucionais positivas na matéria.

Até a presente data, somente a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007 (internalizado pelo Decreto Executivo 6.949/2009) e o Tratado de Marraqueche para facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso de 2013 (internalizado pelo

⁴⁷ PRADO, Wagner Junqueira. A hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil. In: Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização, v. 7, p. 223-259, 2010, p. 225.

⁴⁸ Ibid, p. 245.

⁴⁹ O sentido original do art. 5º, §2º seria o de conferir *status* constitucional aos direitos humanos consagrados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, como aponta Cançado Trindade, o célebre jurista por trás da proposta deste dispositivo na Assembleia Constituinte, então consultor jurídico do Itamaraty. TRINDADE, Augusto Cançado. Tratado de direito internacional dos direitos humanos, v. III, 2ª ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003, p. 622 & ss.; PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 2013, p. 122

Decreto Executivo 9.522/2018), por terem obedecido o trâmite descrito no art. 5, §3º da CF/88, gozam de natureza constitucional de acordo com o entendimento do STF.

O direito tributário brasileiro também apresenta particularidades em relação à regra geral estabelecida a partir do RE 80.004/77. Aqui, a situação já tem um elemento distinto bastante relevante, porque o Código Tributário Nacional, em vigor desde 1966, possui um artigo que toca expressamente a matéria:

Art. 98

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

Como se nota, a previsão legal parece explícita em privilegiar a aplicação dos tratados em casos de conflito normativo tributário. Aparentemente, o papel do STF neste tema não seria tão central como em outros ramos jurídicos. Um exame mais cuidadoso, no entanto, revela que ainda assim o judiciário ocupa um espaço de protagonismo em determinar como convenções internacionais em matéria tributária são incorporadas no Brasil.

De pronto, a própria história do art. 98 do CTN demonstra uma deferência à jurisprudência do Supremo, uma vez que sua razão de ser foi cristalizar o entendimento consolidado pelo STF acerca da matéria, como evidenciam os trabalhos preparatórios do diploma legal⁵⁰. Não se poderia prever que, uma década depois da entrada em vigor do dispositivo, o RE 80.004/77 iria inaugurar a atual compreensão de paridade entre lei e tratado no Brasil, lançando sérias dúvidas em relação à interpretação e aplicação do afamado artigo.

Nas décadas subsequentes até os dias de hoje, foram o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal que deram conta de consolidar como o art. 98 do CTN deve ser lido. Não é pacífica a questão. Embora predomine a ideia de que o art. 98 do CTN refere-se somente aos tratados em matéria tributária com natureza contratual, há alguns julgados que não fazem referência à classificação.

⁵⁰ ROCHA, Sérgio André. Tributação Internacional. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p.110.

Por fim, muito se comenta acerca do RE 460.320 (conhecido como “Caso Volvo”), que ainda está em curso após pedido de vista no STF. O caso adquiriu notoriedade pois o único voto proferido até o momento, pelo Ministro Gilmar Mendes, aponta explicitamente para uma aplicação plena do art. 98 do CTN, desprezando a classificação de tratados contratuais e normativos. Poderia, talvez, o RE 460.320 tornar-se paradigmático como o RE 80.004/77 (regra geral de paridade entre tratados internacionais e lei interna) e o RE 466.343/08 (supralegalidade e infra constitucionalidade de tratados em matéria de direitos humanos que não foram internalizados segundo o rito de emenda constitucional).

Como se vê, ainda que o ramo tributário do direito brasileiro conte com uma norma legal disciplinando a relação entre tratados e lei interna, ainda assim o judiciário, em especial o STF, dispõe de amplo protagonismo.

1.3.1 - Fontes não-convencionais de direito internacional no direito brasileiro

Apesar das controvérsias e pluralidade de soluções hierárquicas, o debate acerca da internalização de normas internacionais convencionais está bem definido. Tanto é assim que há diversos parâmetros elaborados no âmbito judicial que são constantemente referenciados pela discussão acadêmica. No entanto, como bem se sabe, tratados internacionais não são a única fonte de direito internacional.

Em verdade, é incontestável a existência de várias outras espécies de fontes formais de direito internacional. Embora não tenha sido concebido como uma “lista de fontes”, o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça é conhecido por identificar as principais delas:

Artigo 38.

1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:
 - a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
 - b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
 - c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas;

- d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.
2. A presente convenção não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bano*, se as partes com isto concordarem.

O dispositivo, herdado do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, como se vê, elenca três principais fontes: tratados internacionais, costumes internacionais e princípios gerais do direito. A jurisprudência internacional e doutrina seriam fontes secundárias, de natureza suplementar. Contemporaneamente, também se consideram os princípios gerais de direito como fonte secundária, visto que a jurisdição internacional, em geral, somente faz uso deles após o recurso à tratados e costumes⁵¹. Além das cinco fontes trazidas pelo art. 38 do Estatuto da CIJ, também se consideram fontes de direito internacional as decisões de Organizações Internacionais e os atos unilaterais de Estados.

Diante da riqueza de fontes de Direito Internacional, no direito brasileiro o debate sobre internalização acaba por soar um tanto quanto pobre. Em face da vagueza legal e constitucional acerca do tema, desenvolveram-se argumentações relativamente elaboradas para resolver o problema da incorporação de tratados pelo ordenamento brasileiro. O mesmo não ocorreu com outras fontes.

Conforme visto anteriormente, a relação entre direito internacional e direito interno (geralmente encarada por perspectiva monista ou dualista) não versa sobre nenhuma espécie normativa particular, mas da totalidade do sistema jurídico internacional e nacional. No Brasil, o debate jurídico desta questão limitou-se à tratados. O problema da internalização de outras espécies de normas internacionais que não são tratados ainda não foi devidamente posto⁵².

Apesar de não ocuparem o centro das atenções no Brasil, fato é que normas oriundas de fontes não-convencionais de direito internacional que afetam o país também detém algum *status*

⁵¹ DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET. *Op. Cit*, p. 357.

⁵² BORGES DE MACEDO, Paulo Emílio; COSTA PINTO, Paulo Edvandro. Monismo e Dualismo além dos tratados. *Quaestio Iuris*, v.4, n.1, pp. 1-15, 2011, p. 318.

no direito interno e estão potencialmente sujeitas a determinados procedimentos de internalização. É o caso, por exemplo, de decisões de organizações internacionais e sentenças de tribunais internacionais.

O art. 21, I da CF/88 atribui à União a competência para participar de organizações internacionais. Por sua vez, o art. 4º, IX e parágrafo único da CF/88 orientam o Brasil a visar a cooperação internacional, em especial na América Latina. Embora possível depreender destes dispositivos algum grau de obrigatoriedade em cumprir com as decisões de OIs, a vagueza do ordenamento jurídico brasileiro na matéria lança muitas dúvidas em relação à natureza dessas decisões no direito doméstico, bem como necessidade e regras de internalização⁵³.

A dificuldade em lidar com este tipo de fonte também se atribui ao fato de que OIs emitem decisões muito distintas entre si, tanto materialmente quanto em forma. Apesar da dificuldade em lidar com atos de organizações internacionais, é possível identificar algumas abordagens adotadas pelo direito brasileiro acerca da incorporação desse tipo de norma.

A prática brasileira não é uniforme, ora adotando a concepção de aplicabilidade imediata de decisões de OIs, ora pugnando pela necessidade de internalização como se tratado internacional fosse⁵⁴. Notável exceção diz respeito às Resoluções do Conselho de Segurança, cuja recepção e aplicação pelo direito brasileiro encontra-se, ao menos em parte, legalmente estabelecida pela lei 13.810/2019.

Em regra, as Resoluções do Conselho de Segurança são internalizadas via Decreto Executivo⁵⁵. No entanto, de acordo com o art. 6 da lei 13.810/2019⁵⁶, as Resoluções de caráter sancionatório têm aplicabilidade imediata no Brasil, independentemente de qualquer procedimento

⁵³ BENJAMIN, Daniela. A Aplicação de Atos de Organizações Internacionais no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Brasília: FUNAG, 2014, p. 108.

⁵⁴ Ibid, p. 144 e ss.

⁵⁵ Apesar de ter se firmado, tal prática é controversa, suscitando o problema dos acordos do executivo e sua validade no Brasil. BORGES DE MACEDO, Paulo Emílio; COSTA PINTO, Paulo Edvandro. Monismo e Dualismo além dos tratados. *Quaestio Iuris*, v.4, n.1, pp. 1-15, 2011, p. 322 e ss.

⁵⁶ Por sua vez, a lei 13.810/2019 está regulamentada pelo Decreto Executivo 9.825/2019.

de internalização. O mesmo diploma regra a indisponibilidade de ativos de pessoas investigadas ou acusadas de terrorismo, inclusive com algumas previsões processuais. Como é ainda bastante recente, só o curso do tempo revelará eventuais complicações teóricas e práticas em relação a essa lei.

Por sua vez, o problema da internalização e cumprimento pelo Brasil de sentenças provenientes de tribunais internacionais também levanta pontos interessantes. Como organizações internacionais, a natureza das decisões e das próprias cortes internacionais varia consideravelmente. E mais uma vez, há carência legislativa sobre o tema.

A experiência jurídica brasileira demonstra três maneiras de cumprir as decisões de cortes internacionais: cumprimento espontâneo pelo Executivo, recepção da decisão como se fosse título executivo judicial nacional, e criação de norma para atender a necessidade de adequação da legislação brasileira aos parâmetros determinados pelo tribunal⁵⁷.

A execução interna das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos é a que mais evidencia os mecanismos de recepção e natureza jurídica da jurisdição internacional pelo direito brasileiro. Isso porque este é o tribunal internacional que mais vezes julgou o Brasil⁵⁸, tendo proferido até 2019 nove sentenças condenatórias contra o país. O meio e grau de cumprimento destas sentenças varia conforme a natureza das mesmas.

Quando a sentença determina a obrigação de publicar e indenizar, o que se verifica é que a União dá cumprimento espontâneo à mesma, por meio de Decreto Executivo que determine o pagamento⁵⁹. Também seria possível, quando em face do inadimplemento do Estado brasileiro, a execução da sentença como título executivo judicial⁶⁰.

⁵⁷ BIANCHI, Luis Eduardo Cerqueira. APLICAÇÃO DAS SENTENÇAS DAS CORTES INTERNACIONAIS NO BRASIL. In: Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, v. 18, p. 115 - 134, 2011, p. 119.

⁵⁸ Casos Ximenes Lopes (2006), Nogueira Carvalho (2006), Escher e Outros (2009), Garibaldi (2009), Gomes Lund (2010), Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde (2016), Favela Nova Brasília (2017), Povo Indígena Xucuru (2018), Herzog e Outros (2018).

⁵⁹ BORGES DE MACEDO, Paulo Emílio; COSTA PINTO, Paulo Evandro. *Op Cit*, p. 319.

⁶⁰ BIANCHI, Luis Eduardo Cerqueira. *Op. Cit.*, p. 122.

A situação é bem mais complexa quando a sentença versa sobre outras obrigações, como a de fazer. O caso Ximenes Lopes exigiu do Brasil uma reforma normativa que necessariamente envolvia o Legislativo, motivo pelo qual a União não poderia por si só cumprir com o sentenciado⁶¹. Nessa circunstância, foi iniciado projeto legislativo, sendo pertinentes as críticas quanto à morosidade para atender a condenação⁶². Vale também apontar as dificuldades em executar outros tipos de obrigação de fazer, como a de investigar, que por vezes necessita de atuação do Judiciário brasileiro⁶³.

Apesar de subdesenvolvido, o debate da relação entre direito internacional e direito interno brasileiro no que tange a internalização de fontes não-convencionais de direito internacional não é de todo inédito. Em se tratando da internalização de decisões de OIs e de sentenças de tribunais internacionais, em que pese haver ainda questionamentos pertinentes, se nota que já existem alguns parâmetros jurídicos nacionais. No entanto, dentro do art. 38 do Estatuto da CIJ, há uma importantíssima fonte de direito internacional aparentemente desconhecida pelo direito brasileiro.

O costume regula hoje diversas matérias no direito internacional. Muitos tratados são erguidos tão somente no intuito de codificar um costume pré-existente, sendo inclusive essa uma das missões precípua da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. Sem dúvida, normas dessa natureza seguem bastante vivas no direito internacional contemporâneo. Não se despreza, portanto, que o problema da relação entre direito internacional e direito interno brasileiro passa também pelo costume internacional.

1.4 - O costume internacional no direito brasileiro: um ponto de partida

⁶¹ Semelhante e emblemático é o caso Maria da Penha, resultante na famosa lei homônima. No entanto, o caso não foi levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo resolvido no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, fora, portanto, do que ora se discute.

⁶² BIANCHI, Luis Eduardo Cerqueira. *Op. Cit.*, p. 125.

⁶³ COIMBRA, Elisa Mara. Interação entre as ordens jurídicas interna e internacional: um estudo de caso da implementação das decisões a Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2014, p. 65.

Como não custa relembrar, o tema da relação entre direito internacional e direito interno não versa sobre uma ou outra espécie normativa, mas sobre a inteireza do sistema jurídico. Não se pode furtar de, nesse contexto, analisar a internalização do costume internacional pelo direito brasileiro. É esse o objetivo maior do presente trabalho.

No início do século XX, quando se construía a ideia de jurisdição internacional (a adjudicação de controvérsias internacionais por órgãos internacionais que aplicam direito internacional), em determinado momento se imaginou que deveriam ser privilegiados os tratados, apenas recorrendo-se aos costumes em caso da inexistência de norma codificada⁶⁴.

De fato, na II Convenção de Haia de 1907, onde se discutia a criação de um Tribunal de Presas, restou consagrado o entendimento quanto à superioridade hierárquica do tratado frente o costume, entendendo-se que o primeiro continha o consentimento expresso do Estado enquanto o segundo um consentimento tácito⁶⁵. Tal perspectiva, comum às concepções voluntaristas predominantes à época, assumia que a vinculação a um tratado internacional, por meio do consentimento formal, era expressão nítida da vontade dos Estados, e que o direito internacional consuetudinário, desprovido da formalidade convencional e verificável tão somente por meio de ações e declarações em mesmo sentido, não passaria de uma declaração de vontade tácita⁶⁶, ou seja, presumida. Para uma noção de que o direito internacional era fundamentalmente fruto da vontade estatal, o consentimento expresso sempre seria mais forte que o tácito.

Conforme avançavam as discussões para a formação da jurisdição internacional e frente à crescente institucionalização do direito internacional, não prosperou a tese de superioridade das normas convencionais sobre as consuetudinárias. O Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, na forma em que foi aprovado seu art. 38 (predecessor do art. 38 do Estatuto da Corte

⁶⁴ PELLET, Alain. Article 38. In: *The Statute of the International Court of Justice: a Commentary*. Second Edition. 2^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 13.

⁶⁵ LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Os Métodos no Direito Internacional*. São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 58.

⁶⁶ PEREIRA, Luis Cezar Ramos. *Costume Internacional: Gênese do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 180.

Internacional de Justiça), consolidou a ideia de que tratados e costumes internacionais têm igual força normativa⁶⁷.

Ainda, cumpre observar que na confecção do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, não se contestou vez alguma a relevância e natureza de tratados e costumes enquanto fontes de direito internacional. Em verdade, mais tempo foi gasto pensando qual o direito internacional que restava além destas duas importantes fontes⁶⁸.

Assim, hoje predomina a compreensão de que não há superioridade hierárquica entre tratado e costume enquanto fontes do direito internacional⁶⁹. Um Estado obrigado por um costume deve observar seu cumprimento tal qual observa o cumprimento de um tratado que lhe obriga, sob pena de responsabilização internacional.

É verdade que, por suas particularidades, é mais difícil trabalhar com normas consuetudinárias do que normas escritas, particularmente em sistemas jurídicos oriundos da tradição romano-germânica. Isso porque não se pode, como é possível com tratados, recorrer ao Secretariado das Nações Unidas (ou equivalente) a fim de conferir o registro de determinado costume e ler seu texto autêntico.

Diferentemente de um tratado, via de regra é necessário provar a existência e vigência de um costume internacional. Para isso, a parte que alega deve demonstrar a presença dos dois elementos essenciais do costume em relação ao sujeito vinculado a ele. São os elementos da prática uniforme e reiterada (também por vezes chamado de elemento objetivo ou material) e da percepção de que tal prática é obrigatória (referenciado comumente como elemento subjetivo ou psicológico, e bastante conhecido pela expressão *Opinio Juris*)⁷⁰.

⁶⁷ LUPI, André Lipp Pinto Basto, *Op. Cit.*, p. 58. É de interesse notar que não se adotou a exata redação pretendida pelo Comitê de Juristas encarregado de elaborar o estatuto, que incluía a expressão “em ordem sucessiva”.

⁶⁸ SPIERMANN, Ole. The History of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice: ‘A Purely Platonic Discussion’? In: *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, p. 3

⁶⁹ DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. *Op Cit.*, p. 116.

⁷⁰ LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Op. Cit.*, p. 81.

Nem sempre se exige prova do costume, no entanto. Os costumes que compõem o direito internacional geral (aceitos pela totalidade dos Estados – ou a totalidade ficta) dispensam ônus probatório. Nesta categoria se encontram as normas mais basilares do direito internacional, como a imunidade de jurisdição de um Estado frente outro.

Sob tais considerações, coloca-se o importante problema da internalização e aplicação do costume internacional pelo direito interno⁷¹. No debate brasileiro, entretanto, a questão parece deixada de lado. Muitos dos principais publicistas de direito internacional do Brasil não dedicam espaço ao tema quando tratam da relação entre direito internacional e direito brasileiro (é o caso, por exemplo, de Celso Mello⁷², Mazzuoli⁷³, Rezek⁷⁴ e Guerra⁷⁵).

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a listar princípios regentes para as relações internacionais brasileiras, em seu art. 4º. Alguns desses princípios, como a concessão de asilo político (art. 4º, X, CF/88), aparentam exprimir ao menos algum reconhecimento de costumes internacionais. Ou seja, não existe uma cegueira absoluta por parte da Constituição em relação à dimensão consuetudinária do direito internacional. Contudo, a mera redação do art. 4º da CF/88 não permite aferir como e em que grau ocorre a juridicização do costume internacional no direito brasileiro.

Por sua vez, a legislação brasileira é mais uma vez ausente para apontar soluções (ou mesmo pistas) para a questão da aplicação interna do costume internacional. Ainda assim, fato é que não há um vazio absoluto no ordenamento brasileiro. O exemplo de maior evidência é o instituto da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro. Não obstante não esteja totalmente codificado em convenções internacionais⁷⁶ nem no direito brasileiro, o judiciário brasileiro aplica rotineiramente a regra internacional costumeira da imunidade de jurisdição de Estados estrangeiros, reconhecendo

⁷¹ DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. *Op Cit.*, p. 351.

⁷² MELLO, *Op. Cit.*, p. 118 e ss.

⁷³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

⁷⁴ REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público: curso elementar. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁷⁵ GUERRA, Sidney. Curso de direito internacional público. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

⁷⁶ O Brasil ratificou alguns tratados em matéria de imunidade de jurisdição, mas nenhum deles esgota o instituto.

sua falta de competência para julgá-los sob tal fundamentação⁷⁷. Vale comentar que encontra guarida no judiciário nacional a atenuação da imunidade de jurisdição para permitir a apreciação de atos de gestão (atos típicos de relações entre particulares, como os de natureza empregatícia) de Estados estrangeiros. Esta exceção à regra costumeira da imunidade jurisdicional, que também tem origens costumeiras, foi sedimentada no Brasil pela conhecida Apelação Cível 9696/89, o caso “Genny de Oliveira”.

No caso, a Sr^a. Genny de Oliveira postulava anotação na carteira profissional de seu falecido marido dos dados relativos ao contrato de trabalho que o mesmo mantinha com a República Democrática Alemã. O Estado demandado levantou em sede preliminar a questão da imunidade de jurisdição, que obstaría o processamento do feito pelo judiciário brasileiro. Em primeiro grau, o Juízo acolheu a preliminar arguida pela República Democrática Alemã, o que fez com que a autora apelasse ao STF.

No Supremo, o relator, Ministro Sidney Sanches, deu provimento a apelação, porque considerou que ao explicitar a competência da Justiça do Trabalho para julgar lides entre empregados e Estados estrangeiros, o art. 114 da CF/88 teria também eliminado a imunidade de jurisdição na seara trabalhista. No entanto, venceu o voto do Ministro Francisco Rezek, o qual afastou a imunidade de jurisdição do Estado réu com base na mutação que sofreu a regra costumeira da imunidade absoluta. Após examinar convenções internacionais das quais o Brasil não é parte e legislações estrangeiras, o relator para acórdão concluiu que:

O quadro interno não mudou. O que mudou foi o quadro internacional. O que ruiu foi o nosso único suporte para a afirmação da imunidade numa causa trabalhista contra Estado estrangeiro, em razão da insubsistência da regra costumeira que se dizia sólida – quando ela o era -, e que assegurava a imunidade em termos absolutos. Com essas razões, também voto no sentido de dar à causa o deslinde proposto pelo Ministério relator. Não me apoio no art. 114 da Constituição de 88, mas no fato de não mais encontrar fundamento para estatuir sobre a imunidade como a vinha garantindo o Supremo Tribunal Federal.

⁷⁷ PEROTTI, Alejandro Daniel. *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*. Tomo I: Brasil y Paraguay. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer Uruguay, 2004. p. 79.

Como se denota do caso Genny de Oliveira, para aplicar a norma costumeira da imunidade de jurisdição de Estados, bem como suas exceções, o judiciário brasileiro não exige nenhum ato interno de incorporação ou a participação de outros poderes. Neste caso, uma vez verificada a vigência internacional da norma costumeira, esta parece produzir efeitos internos imediatos, sendo autoaplicável. O exemplo narrado, entretanto, é solitário. Não se tem notícia que o debate jurídico no Brasil acolha de qualquer modo outros costumes internacionais, em suas mais variadas matérias e especificidades.

Por terem protagonismo no sistema jurídico internacional, ao lado dos tratados, os costumes levantam alguns problemas similares ao das normas convencionais no que tange sua aplicação pelo direito doméstico. O primeiro deles diz respeito à incorporação.

Conforme visto, a vigência interna de um tratado internacional ratificado pelo Brasil depende da edição de um Decreto Executivo pelo Presidente da República. Nesse sentido, cabe a pergunta quanto a necessidade de algum ato doméstico para que a norma costumeira tenha vigência no direito brasileiro.

É ainda mais complexa a indagação quando se considera a natureza do costume internacional, visto que é a própria prática e convicção pelo Estado obrigado que atesta a existência e vigência internacional da norma consuetudinária. Ocorre que é justamente por meio de atos nacionais que se verifica o elemento objetivo e subjetivo do costume. Não é tarefa simples imaginar qual forma assumiria um ato que internalizasse norma costumeira, ou qual seria a relação entre esse ato e todos aqueles que o precederam na confecção do costume.

Outra grande dúvida surge em torno de qual seria a natureza jurídica do costume internacional no direito brasileiro. Seria possível uma compreensão geral de paridade às leis ordinárias, como há em relação aos tratados? E de igual maneira, que tipos de exceções poderiam ser consideradas? Além de variedade material, costumes podem ser locais, regionais ou gerais. A questão da hierarquia é ainda mais sensível em se tratando de normas de *jus cogens*, cujo uma das

características é justamente a superioridade absoluta no Direito Internacional, bem como a inderrogabilidade.

Ainda, o tema do ônus probatório da norma costumeira coloca-se também para o direito brasileiro. Poderia o judiciário aplicar normas costumeiras de ofício, apresentando ele próprio as provas do costume? Ou incumbiria às partes alegantes? Quais seriam os parâmetros para provar normas consuetudinárias locais, regionais e de direito internacional geral?

Como se vê, são várias as indagações acerca da aplicação do direito internacional consuetudinário pelo direito brasileiro. Algumas das dúvidas aventadas pairam sobre a necessidade de um ato formal de incorporação (como é o caso dos decretos presidenciais que internalizam tratados), sobre qual a natureza jurídica que assume a norma costumeira no direito brasileiro e sobre o ônus probatório.

Em termos de imperatividade, o costume é tão forte quanto um tratado, quando não mais. Seria de se esperar que, em virtude disso, o Brasil aplicasse internamente o costume internacional ao qual está vinculado. Como demonstrado, a escassez de normas escritas não impediu que o direito nacional desenvolvesse interpretações, meios e debate sobre a aplicação de diversas normas internacionais, ainda que se possa questionar a coesão dessa aplicação.

O problema jurídico da aplicação do costume internacional pelo direito brasileiro está colocado. Que o debate jurídico brasileiro não tenha se debruçado sobre a questão não significa que não há, no ordenamento jurídico nacional, algum indício da mesma. O desfiar deste novelo pretende desvelar se existem parâmetros, no direito brasileiro, para a aplicação dessas normas.

A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO SEGUNDO O DIREITO BRASILEIRO

2.1 – Noções preliminares sobre a imunidade de jurisdição

No direito internacional, a noção de jurisdição doméstica pretende identificar um escopo em que a atuação de um Estado é suprema, ou seja, não é juridicamente constrangida pelo controle de autoridades externas⁷⁸. A seu turno, a imunidade de jurisdição é a não sujeição de determinados sujeitos, atos ou objetos à jurisdição doméstica de um Estado. Essa não incidência da jurisdição doméstica tem uma razão de ser um tanto quanto simples: na comunidade internacional, um Estado não é nem mais, nem menos, soberano do que outro.

Contemporaneamente, prepondera no direito internacional o paradigma da igualdade soberana dos Estados⁷⁹. Isto é, a soberania possuiria uma dupla acepção: uma interna, em que o poder soberano é absoluto, está acima e ordena qualquer outro poder interno, e uma externa, em que o poder soberano é igual e independente em relação aos poderes externos, não os sujeita nem é sujeitado por eles. Essa conceitualização leva à noção de que um Estado soberano não pode exercer sua jurisdição sobre outro ou seja, à imunidade de jurisdição, sintetizada por meio da máxima *par in parem non habet imperium*.

Embora existam uma série de tratados internacionais contendo regras de imunidade de jurisdição, frutos de um esforço de codificação de regras consuetudinárias, tais quais a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1969 e a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas de 1946, o instituto ainda é majoritariamente regulado em sua forma costumeira, como expressão de direito internacional geral. Ou seja, a imperatividade do reconhecimento da imunidade de jurisdição de um Estado estrangeiro está fundamentada na prática reiterada e uniforme e na convicção de obrigatoriedade.

⁷⁸ SHAWN, Malcon. *International Law*. 6ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 697.

⁷⁹ DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. *Op Cit.*, p. 85.

É preciso também levar em conta que, num olhar mais apurado, a imunidade de jurisdição comporta algumas complexidades relevantes. De pronto, as imunidades podem ser divididas nas categorias *ratione personae* ou *ratione materiae*. As imunidades *ratione personae*, de caráter mais pragmático, operam num nível funcional ou pessoal, acobertando sujeitos que desempenhem funções oficiais de Estado, como um Chefe de Governo ou Ministro das Relações Exteriores. Por sua vez, as imunidades *ratione materiae* existem em função da matéria, isto é, cobrem todos os atos e objetos próprios e característicos ao exercício da soberania de um Estado. Isto não significa que todo e qualquer ato praticado por um Estado estrangeiro goza de imunidade de jurisdição, como aponta Crawford:

[E]ste racional só vai até aí; ele não cobre matérias alheias da autoridade soberana, notadamente transações no interior do Estado receptor, especialmente aquelas de características de direito comercial ou privado. Isso provocou um desenvolvimento da chamada teoria da imunidade relativa, que preceitua que a imunidade só é exigida quanto a transações que envolvam o exercício da autoridade governamental (*acta iure imperii*) distintamente das transações comerciais ou de outra natureza que não sejam específicas ao Estado (*acta iure gestionis*).⁸⁰

Realmente, na atualidade não predomina mais a concepção de imunidade absoluta, que escudava completamente um Estado contra a jurisdição de outro. No decorrer do século XX, sobretudo pelos órgãos judiciários internos de cada Estado, o instituto começou a sofrer abrandamentos⁸¹, dando azo ao surgimento da distinção entre atos de império e atos de gestão, que trouxe consigo o paradigma da imunidade relativa, é precisamente o cerne do famoso e já mencionado caso Genny de Oliveira, julgado pelo STF em 1989. Não é só a importância da tese adotada que merece destaque no caso, mas também a propriedade com que o voto condutor mobilizou os argumentos jurídicos ao demonstrar, por meio da mudança no quadro normativo

⁸⁰ Tradução do autor. No original: “[T]his rationale only goes so far; it does not cover matter remote from sovereign authority, notably transactions within the host state, especially those of a commercial or private law character. This provoked the development of the so-called restrictive theory of immunity, which holds that immunity is only required with respect to transactions involving the exercise of governmental authority (*acta iure imperii*) as distinct from commercial or other transactions which are not unique to the state (*acta iure gestionis*)”. CRAWFORD, James. *Op. Cit.*, p. 488.

⁸¹ SHAWN, Malcon. *International Law*. 6ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 704.

internacional, que as relações trabalhistas entre um Estado estrangeiro e um indivíduo são consideradas atos de gestão e, por isso, sujeitas ao escrutínio da jurisdição doméstica.

Finalmente, se faz necessário chamar a atenção a imunidade de execução. Ocorre que a jurisdição, como diz O'Keefe, não é um conceito unitário, mas se divide em jurisdição prescritiva e jurisdição executiva⁸². A de tipo prescritivo é aquela de elaborar normas em sentido amplo ou decidir quanto a uma situação pela interpretação do direito aplicável, enquanto a jurisdição de tipo executivo é aquela que diz respeito a imposição do direito pela força, ou seja, a constrição de bens ou sujeitos, como o arresto, a prisão ou a penhora. A imunidade que detém um Estado perante a jurisdição prescritiva é uma, e a imunidade perante a jurisdição executória é outra.

Suponha-se que uma lide trabalhista envolvendo um Estado estrangeiro chegue ao judiciário doméstico, e que, como no caso Genny de Oliveira, o judiciário afaste a imunidade de jurisdição por se tratar de ato de gestão. Afastada a imunidade, suponha-se que o Estado estrangeiro é condenado e se constitua crédito para o trabalhador. Poderia o judiciário doméstico alienar compulsoriamente (em outras palavras, executar) o patrimônio do Estado estrangeiro a fim de satisfazer esse crédito? É exatamente nesse momento que se faz sentir a acentuada distinção entre imunidade perante a jurisdição prescritiva e imunidade perante a jurisdição executória.

A crescente relativização da imunidade de jurisdição não foi acompanhada em sua amplitude na seara da execução. Ainda assim, existem determinadas circunstâncias que autorizam a execução do patrimônio de um Estado estrangeiro pelo judiciário doméstico. Como sintetizam DOLINGER E TIBÚRCIO, atualmente

são imunes a atos de constrição os bens afetados a atividades diretamente relacionados à soberania estatal (prédios consulares, diplomáticos, contas bancárias para pagamento de funcionários consulares e diplomáticos, veículos para transporte desses funcionários etc.).

⁸² O'KEEFE, Roger. Universal Jurisdiction: clarifying the basic concept. *Journal of International Criminal Justice*, v. 2, n.3, Oxford University Press, pp. 735-760, 2004, pp. 736-737. O autor observa que, às vezes, no contexto civil, se faz menção ainda a um terceiro e distinto tipo de jurisdição, que seria a jurisdição adjudicatória ou judicial. Não obstante, para o escopo do presente trabalho, a adoção da distinção entre jurisdição prescritiva e executória é suficiente.

(...) Por outro lado, se o bem possui natureza meramente comercial, o bem pode ser executado.⁸³ (grifou-se)

Assim, para responder a hipótese levantada anteriormente, se seria possível para o judiciário nacional executar o patrimônio de um Estado estrangeiro para satisfação de crédito trabalhista, depende do que exatamente se pretende executar. A imunidade de execução abarca imóveis e contas bancárias atreladas a funções oficiais, mas ignora, por exemplo, um imóvel sem uso que o Estado porventura possua no território nacional.

Em suma, o estado da arte do instituto da imunidade de jurisdição está representado na Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades de Jurisdição dos Estados e sua Propriedade, de 2004. Embora ainda não esteja em vigor, a referida convenção é geralmente tida como reflexo fiel do consenso internacional (*opinio juris*) sobre imunidade de jurisdição⁸⁴. O instrumento consagra a teoria da imunidade relativa, preserva as imunidades *ratione personae* e veda medidas constritivas contra o patrimônio de Estados estrangeiros, exceto de bens desprovidos e desvinculados de usos oficiais.

O presente trabalho adotou como hipótese inicial que a imunidade de jurisdição seria o único instituto de direito internacional costumeiro que gozaria de parâmetros jurídicos brasileiros mais robustos no que tange o problema da internalização e natureza jurídica perante o ordenamento nacional. Isso se deve especialmente pela fama e relativa precisão da *ratio decidendi* do caso Genny de Oliveira. A seguir, se pretende demonstrar um panorama mais amplo da abordagem do Supremo Tribunal Federal quanto a imunidade de jurisdição em sua forma costumeira.

2.2 – Imunidade de jurisdição no supremo tribunal federal

2.2.1- Uma breve visão geral da Imunidade de jurisdição na jurisprudência do STF

⁸³ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Direito Internacional Privado. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 571.

⁸⁴ CRAWFORD, James. *Op. Cit.*, p. 490.

Como demonstrou a pesquisa, a jurisprudência pós-88 do Supremo Tribunal Federal não é ausente no que tange imunidade de jurisdição. Sempre que confrontado com ações movidas contra Estados estrangeiros, o STF ou tem o cuidado de explicar a aplicação da teoria da imunidade relativa, entendendo pela possibilidade do exercício da jurisdição, ou, quando é o caso, afirma a incidência da imunidade e extingue o processo sem exame de mérito. Mais do que isso, a jurisprudência do Supremo reconhece a distinção entre imunidade de jurisdição e imunidade de execução, reservando tratamento diferenciado a cada uma.

Para fins desta pesquisa, é relevante destacar que o Brasil, diferente de outros países, não dispõe de qualquer legislação doméstica regulando a imunidade de jurisdição. É certo que, por vezes, o Supremo reconhece a imunidade de jurisdição devido a alguma previsão convencional, como na Apelação Cível 9.703/1988, em que se confirmou sentença que extinguiu um processo movido por particular face a Organização de Aviação Civil Internacional, com base na Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas das Nações Unidas. Entretanto, são comuns os casos em que não há qualquer instrumento internacional aplicável.

Se não há legislação doméstica nem tratado internacional aplicável ao caso, e ainda assim o STF reconhece a incidência da imunidade de jurisdição (ou seu afastamento), não resta dúvida que o faz com fundamento jurídico no costume internacional. Embora o Supremo ocasionalmente descreva a imunidade como um “*princípio*” (como no muitas vezes citado AgR em AI nº 139.671/1995), há diversos acórdãos que, de forma expressa, se referem o instituto como “*prática consuetudinária internacional*” ou expressão análoga (como, por exemplo, no AgR em RE 222.368/2002 e no AgR em ACO nº 543/2006). De todo o modo, a aparente imprecisão conceitual deve-se a uma prevalente dificuldade teórica em distinguir princípios gerais de direito e costumes internacionais como fontes do direito internacional, o que leva a uma aproximação e até uso intercambiável de ambos⁸⁵.

⁸⁵ KLEINLEIN, Thomas. Customary International Law and General Principles: Rethinking Their Relationship. In: Reexamining Customary International Law, pp. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 131-161, pp. 131 e 144-145.

De fato, não é possível defender que, quando trata a imunidade de jurisdição como princípio, o STF estaria empregando ao instituto o tratamento reservado aos princípios em sentido constitucional, sujeitos a regimes hermenêuticos próprios e complexos. Não, no caso da imunidade de jurisdição, ainda que o Supremo por vezes se refira a “princípio”, é na semântica mais próxima do costume. Em suma, o Supremo Tribunal Federal reconhece a imunidade de jurisdição em sua forma consuetudinária, considerando a mesma juridicamente imperativa, e, quando cabível, extingue processos sem exame de mérito quando o réu é Estado estrangeiro. Pelo menos nesse tanto, o costume internacional parece ter lugar no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2.2 – A relativização da imunidade de jurisdição na jurisprudência do STF

Como já comentado, o caso Genny de Oliveira é um marco prestigiado pela academia e jurisprudência como a consagração da teoria da imunidade relativa de jurisdição no Brasil. O prestígio não é fortuito. O voto condutor, proferido pelo Min. Francisco Rezek mobiliza com propriedade conceitos caros ao direito internacional e faz uma exposição clara da mutação que se havia operado no regime consuetudinário da imunidade de jurisdição. O voto é explícito em localizar a natureza costumeira da norma discutida:

Quanto a esta imunidade – a do Estado estrangeiro, não mais a dos seus representantes cobertos pelas Convenções de Viena –, o que dizia esta Casa outrora, e se tornou cristalino no começo da década de setenta? Essa imunidade não está prevista nos textos de Viena, não está prevista em nenhuma forma escrita de direito internacional público. Ela resulta, entretanto, de uma antiga e sólida regra costumeira do Direito das Gentes. Tal foi, nas derradeiras análises da matéria, a tese que norteou as deliberações do Supremo.

Em sequência, visou demonstrar que os dois elementos que juntos compõem qualquer costume internacional (elemento material e *opinio juris*) sofreram transformações na década de 1970, o que fez com que a imunidade absoluta deixasse de existir, dando vez a imunidade relativa. Para tanto, citou a Convenção Europeia sobre Imunidade de Estado de 1972, o *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976 dos Estados Unidos, o *State Immunity Act* de 1978 do Reino Unido, o curso de 1986 da Academia de Direito Internacional da Haia do prof. Peter Troobof sobre a não prevalência da imunidade absoluta e também constatou que a “*assumiu-se uma postura excludente*

da imunidade em feitos decorrentes de toda interação entre a agência representativa do Estado estrangeiro e o meio local desvestido de oficialidade”.

A partir dessa incursão na legislação comparada e também na mudança da postura dos Estados, que representariam o elemento material e *opinio juris*, o voto condutor conclui que

não podemos mais, neste Plenário, dizer que há uma sólida regra de direito internacional costumeiro, a partir do momento em que desertam dessa regra os Estados Unidos da América, a Grã-Bretanha e tantos outros países do hemisfério norte. Portanto, o único fundamento que tínhamos – já que as convenções de Viena não nos socorrem a tal propósito – para proclamar a imunidade do Estado estrangeiro (...) desapareceu.

Por consequência, no caso, se reformou a sentença para afastar a imunidade do Estado estrangeiro e dar seguimento à causa trabalhista. O caso Genny de Oliveira é um dos precedentes mais citados no Supremo em matéria de imunidade relativa. Ao seu lado, também lembrado com frequência, está o Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 139.671/1995.

Esse caso de 1995 tem origem numa reclamação trabalhista ajuizada por dois empregados da embaixada dos Estados Unidos, que adotou como principal tese de defesa sua imunidade perante o judiciário brasileiro. No STJ, seguindo a argumentação do caso Genny de Oliveira, se afastou a imunidade de jurisdição dos Estados Unidos, vez que relações trabalhistas não estariam cobertas por ela, como preceitua a teoria da imunidade relativa. O Estado estrangeiro manejou recurso extraordinário que teve o seguimento negado pelo presidente do STJ. Contra essa negativa se interpôs agravo de instrumento ao STF, o qual foi monocraticamente desprovido pelo relator, Min. Celso de Mello. Finalmente, os Estados Unidos ofertaram Agravo Regimental, o qual também foi improvido pela Primeira Turma, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Em síntese, o AgR em AI nº 139.671/1995 reforça o que foi consignado no caso Genny de Oliveira, porém traz algumas inovações relevantes. De início, o acórdão delimita a natureza consuetudinária da matéria lembrando que “*a imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros, como já acentuado, derivava, ordinariamente, de um princípio básico – o princípio da comitas*

gentium – consagrado pela prática consuetudinária internacional, que se assentava em premissas teóricas e em concepções políticas”.⁸⁶

Após, a decisão invoca o precedente do caso Genny de Oliveira e seu *ratio decidendi*, trazendo novos exemplos de legislação estrangeira a fim de comprovar a consolidação da teoria da imunidade relativa. Nesse sentido, além das legislações já anunciadas no precedente, são elencados o *Foreign States Immunities Act* de 1986, da Austrália, o *State Immunity Act* de 1979, da Singapura, o *Foreign States Immunities Act* de 1981, da África do Sul e o *State Immunity Act* de 1981, do Paquistão⁸⁷. Ainda que não haja nenhuma exposição mais detalhada que se refira expressamente aos dois elementos que constituem o costume internacional, o julgado chega a indicar que diante do novo quadro normativo no direito internacional e comparado emerge uma nova “*realidade do sistema de direito positivo*”.

Além dessa ampliação dos exemplos de legislação estrangeira, o acórdão traz um argumento inédito ao caso Genny de Oliveira. O argumento de que próprio Estado demandado, os Estados Unidos, já não se filiava à imunidade absoluta de jurisdição:

Impõem-se registrar, por necessário, que mesmo os Estados Unidos da América – **parte ora agravante na presente sede recursal** – já repudiaram a teoria clássica da imunidade absoluta nas questões em que o Estado estrangeiro intervém em domínio essencialmente privado. Seja institucionalizando a disciplina normativa desse tema em lei votada pelo próprio Congresso americano em tempos mais recentes (**Foreign Sovereign Immunities Act de 1976**), seja reconhecendo a necessidade de evoluir no tratamento jurídico da matéria, o fato irrecusável é que os Estados Unidos da América – **abandonado** a posição dogmática que se refletia na doutrina, consagrada por sua Corte Suprema em **Schooner Exchange v. McFaddon** (1812) – **fizeram prevalecer, já no início da década de 1950, em típica declaração unilateral de caráter diplomático, e com fundamento nas premissas expostas na Tate Letter** (publicada em **The Department of State Bulletin**, CCVI, nº 678, de 23/6/1952), **a conclusão de que ‘tal imunidade, em certos tipos de caso, não deverá continuar sendo concedida’**. (grifou-se)

⁸⁶ O mencionado princípio da *comitas gentium*, vale dizer, não é o que contemporaneamente se entende por direito costumeiro. Trata-se mesmo de um princípio de direito internacional, com raízes na formação do sistema interestatal no século XVII, cuja preocupação era o respeito do ordenamento jurídico de cada Estado pelos demais Estados, não por obrigação, mas por cortesia. Ver HESSEL, e. Yntema. The Comity Doctrine. In: Michigan Law Review, v. 65, n. 1, 1966, pp. 9-32.

⁸⁷ O mesmo Min. Celso de Mello, anos depois, no julgamento do AgR em RE nº 222.368/2002, acrescentaria a essa lista de legislações estrangeiras o *State Immunity Act* de 1982, do Canadá, e a *Ley nº 24.488/95*, da República Argentina.

Em que pese o trecho transcrito figure apenas como *obiter dictum*, é digna de nota a demonstração de que, além da imunidade relativa de jurisdição ser a regra de direito internacional costumeiro aplicável, o próprio Estado demandado se julga obrigado por ela. Isso significa, por exemplo, que os Estados Unidos não poderiam alegar serem objetos persistentes à regra de direito internacional geral (aplicável, em princípio, a todos os Estados). É possível vislumbrar outras situações em que esse tipo de inquirição específica quanto ao Estado réu do caso poderia vir a ser mais relevante.

Hipoteticamente, em casos que sobre costumes regionais ou locais, em que poderia ser necessário constatar a existência de um costume mais particular que vinculasse um Estado litigante, poderia ser interessante a análise pormenorizada dos atos do Estado em questão. Igualmente, na hipótese de defesa ofertada por um Estado réu baseada em algum costume menos conhecido, seria cabível levantar o comportamento pretérito desse mesmo Estado. Em todo o caso, mesmo que não tenha sido fundamental à decisão, merece destaque a análise específica da legislação do Estado réu tal qual feita nesse julgado.

Como visto, o AgR em AI nº 139.671/1995 reafirma a tese jurídica da consolidação da imunidade relativa de jurisdição pela via costumeira já veiculada no caso Genny de Oliveira. A posição representada por ambos os casos é ainda hoje considerada jurisprudência pacífica e dominante, dando azo a decisões monocráticas que reconhecem o afastamento da imunidade em litígios trabalhistas⁸⁸, e outras tantas que mantêm a imunidade de jurisdição por não se verificarem as hipóteses trazidas nos precedentes⁸⁹. Cumpre ressaltar que, quando instado, o colegiado do Supremo ratifica as monocráticas, também firme nos precedentes citados⁹⁰.

⁸⁸ RE 222.368, DJ 28/02/2002; ARE 1.125.819, DJ 30/05/2018.

⁸⁹ ACO 522, DJ 15/06/1998; ACO 527, DJ 13/04/1998; ACO 543, DJ 15/02/2000; ACO 575, DJ 01/08/2000; ACO 524, DJ 21/08/2002; ACO 698, DJ 10/02/2004; ACO 706, DJ 29/03/2004; ACO 709, DJ 26/08/2013.

⁹⁰ AgR em RE 222.368, DJ 30/04/2002; AgR em ACO 522, DJ 16/09/1998; AgR em ACO 527, DJ 30/09/1998; AgR em ACO 524, DJ 26/03/2003; AgR em ACO 543, DJ 30/08/2006.

Ainda, é preciso atentar que, muito embora a grande maioria dos julgados que acatam a relativização da imunidade tenham origem em causas trabalhistas, há outras hipóteses em que é plausível o exercício da jurisdição prescritiva sobre um Estado estrangeiro. Como já exposto, e bem assentado no caso Genny de Oliveira e reforçado no AgR em AI nº 139,671/1995, a imunidade de jurisdição abarca apenas atos de império, perecendo frente aos atos de gestão, aqueles que não exprimem soberania, que se aproximam ao direito privado.

Ainda que menos frequentes, outros atos de gestão são possíveis além das relações trabalhistas. Há pelo um caso em que um diplomata, conduzindo veículo em alta velocidade, chocou-se com um poste de iluminação pública. Trata-se da ACO nº 575/2000, ajuizada pelo Distrito Federal contra a República dos Camarões, com intuito de obter indenização pelo dano patrimonial causado.

Em despacho, o relator, Min. Celso de Mello, indicou ser o caso de afastar a imunidade de jurisdição com respaldo nos precedentes já citados. Porém, por cautela, antes de promover a citação, determinou que se oficiasse ao Ministro das Relações Exteriores para que instasse a República dos Camarões a se manifestar se aceitava ou não a jurisdição brasileira. Como era de se esperar, o Estado estrangeiro manifestou-se contrariamente à sua submissão. Diante disso, o Ministro abriu vistas ao Distrito Federal, e à Procuradoria Federal, que opinou, em 2002, pela regular instauração da causa. Desde então, não foi registrada nenhuma movimentação no processo, que a esta altura já completou a maioria.

Enfim, a teoria da imunidade relativa de jurisdição, acolhida no STF especialmente por meio do caso Genny de Oliveira e do AgR em AI nº 139.671/1995, figura como grande exemplo de como o costume internacional pode ser reconhecido e aplicado no direito brasileiro, porém, ao mesmo tempo, expõe certas lacunas nessa relação. Nos dois casos paradigmáticos, bem como em todos os julgados que os invocam, o Supremo está reconhecendo e aplicando um costume internacional. Também nos mesmos dois casos, não há um manejo adequado ou preciso dos fundamentos jurídicos efetivamente mobilizados.

Simultaneamente, os acórdãos investigam a prática internacional e *opinio juris* para identificar o conteúdo normativo da imunidade de jurisdição e não estabelecem com clareza a metodologia que usaram para chegar às conclusões que chegaram. O raciocínio implícito é de que as legislações estrangeiras e a postura adotada pelos Estados servem como evidência da existência dos elementos objetivo e subjetivo de um costume internacional, que este costume internacional é uma norma jurídica válida e exigível no direito brasileiro, e que com base nela o judiciário pode exercer a jurisdição no caso concreto. Esse raciocínio é ainda menos aparente quando o STF trata de imunidade de execução, como se verá adiante.

2.2.3 – A consolidação da imunidade dos atos de império

Ao passar a adotar a distinção entre atos de império e atos de gestão, o Supremo passou a afastar a imunidade de jurisdição dos atos de gestão praticados por Estado estrangeiro. Esse é o cerne da teoria da imunidade relativa de jurisdição, tratada no tópico anterior. A distinção, porém, tem ainda outra aplicação. Enquanto os atos de gestão estão sujeitos ao exercício da jurisdição, os atos de império seguem sendo cobertos pela mais ampla imunidade de jurisdição. No STF, os casos mais significativos a esse respeito dizem respeito a um naufrágio ocorrido há quase 80 anos.

Em 1943, no contexto da Segunda Guerra Mundial, o barco pesqueiro brasileiro Changri-lá foi afundado na costa de Cabo Frio pelo submarino alemão U-199, vitimando os 10 tripulantes civis que estavam a bordo. Por décadas, não se sabia a causa do desaparecimento da embarcação brasileira. Após a descoberta do motivo do naufrágio, que ocorreu somente no início do século XXI, os descendentes dos pescadores ingressaram no judiciário brasileiro com ações indenizatórias face o Estado alemão, sob a premissa de que crimes de guerra e crimes contra a humanidade não prescrevem, nem são revestidos de imunidade de jurisdição. Eventualmente, esses processos chegaram ao Supremo.

Em primeiro momento, o STF dedicou-se a enfrentar óbices processuais, sem adentrar no mérito da questão: ausência de prequestionamento⁹¹, ofensa meramente reflexa aos princípios

⁹¹ AgR em AI n° 790.456/2013.

constitucionais⁹² e necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório⁹³. Até que, nessa mesma decisão monocrática que negou provimento ao ARE nº 953.656/2016 por impossibilidade de incursão no contexto fático-probatório, o Min. Luiz Fux teceu longas considerações sobre a questão de fundo, em que pese ele mesmo tenha expressado tratar-se de *obiter dictum*.

Em sua decisão, o Ministro lembrou que o instituto da imunidade de jurisdição, apesar de regulado em

algumas normas internacionais esparsas (como a Convenção Europeia sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados – Convenção de Basileia de 1972) e mesmo nacionais (...), a imunidade de jurisdição de Estados estrangeiros decorreu originariamente de prática costumeira no direito internacional, principalmente ante à inexistência de norma brasileira que disponha sobre o tema. (grifou-se)

A passagem citada coaduna com a premissa de que o costume internacional tem assento no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo diante da ausência de legislação em matéria de imunidade de jurisdição. Em sequência, a mesma decisão explica a distinção entre ato de império e ato de gestão, ressaltando que a relativização da imunidade se deu somente em relação ao segundo: “*apenas em relação aos atos de gestão é que se pode admitir a relativização da imunidade de jurisdição, providência que não se releva possível em relação aos atos de império, que decorrem do exercício direto da soberania estatal*”.

Ainda, é de se destacar que a decisão, em momento raríssimo na jurisprudência do STF, cita precedente da Corte Internacional de Justiça. Trata-se do caso Ferrini, em que a Corte atendeu o pleito da República Federal da Alemanha e condenou a República Italiana porque o judiciário italiano estava admitindo ações indenizatórias por danos causados por atos militares alemães durante a Segunda Guerra Mundial. Segundo a CIJ, a Itália havia violado o direito internacional ao ignorar a imunidade de jurisdição da Alemanha, entendendo que, mesmo diante de acusações de graves violações de direitos humanos, o costume internacional não autoriza que um Estado exerça jurisdição sobre atos de império praticados por outro.

⁹² AgR em AgR em ARE nº 793.676/2014; AgR em ARE nº 837.265/2014; AgR em RE nº 880.298/2015.

⁹³ ARE nº 953.656/2016.

Nas palavras do próprio Ministro relator, “[à] luz dessas premissas, cumpre analisar a *controvérsia versada nos autos*”. Nesses termos, o Min. Luiz Fux reproduz os fundamentos do caso Ferrini ao torpedeamento do barco pesqueiro Changri-lá em águas brasileiras pelo submarino alemão U-199. Tendo em vista o ato de guerra tratar-se de típico ato de império, exsurge a imunidade do Estado alemão como óbice à jurisdição brasileira. Sem dúvida, um *obiter dictum* vultuoso. Ao fim, a decisão nega provimento ao recurso por entender que eventual ofensa à Constituição seria tão somente reflexa, que não se configurava negativa de prestação jurisdicional⁹⁴, que não cabe RE por contrariedade ao princípio da legalidade quando a verificação implique revisão de interpretação, e que é vedado ao STF revolver o contexto fático-probatório. O percurso do Changri-lá no Supremo, entretanto não acaba aí.

O ARE nº 954.858, originado em mais um pleito indenizatório face a Alemanha pelo naufrágio do Changri-lá, teve a Repercussão Geral reconhecida e atualmente corresponde ao Tema 944 (“Alcance da imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro em relação a ato de império ofensivo ao direito internacional da pessoa humana”). No acórdão que reconheceu a Repercussão Geral, a estatura do caso foi bem sintetizada pelo Min. Edson Fachin, que votou com a maioria:

Do ponto de vista jurídico, **a repercussão geral da matéria justifica-se pela coerência jurisprudencial do STF acerca das hipóteses de mitigação da exclusividade jurisdicional no território brasileiro, a partir da divisão dos atos estatais de império e de gestão.**

No âmbito social, a questão deduzida em juízo ganha relevância a partir da força simbólica dos direitos humanos e respectiva responsabilização de Estados por atos atentatórios à dignidade da pessoa humana. Aqui, o efeito social é notável pelo período transicional típico de períodos de guerra, comoção interna ou rupturas da ordem democrática.

Na seara política, também se extrai transcendência subjetiva da matéria, haja vista que **se encontram em aparente divergência dois valores os quais a República Federativa do Brasil comprometeu-se a seguir nas relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos e a igualdade entre os Estados.** (grifou-se)

⁹⁴ Ao contrário do que possa parecer, esse ponto não dialoga com a imunidade de jurisdição. A decisão consigna simplesmente que “(...) quanto à suposta ofensa ao artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, melhor sorte não assiste à agravante, tendo em vista que da análise dos autos é possível observar que a parte se valeu dos meios recursais cabíveis e teve a jurisdição devidamente prestada por decisões fundamentadas, embora contrárias aos seus interesses”.

Alguns Ministros entenderam que descabia o regime de Repercussão Geral, seja pelos óbices processuais já relatados nas outras ações, seja porque a ação versava sobre fato ocorrido há mais de sete décadas, seja porque apenas um grupo reduzido de pessoas possuiria interesse na causa. Esses Ministros, no entanto, restaram vencidos. A causa já foi incluída e retirada de pauta algumas vezes, e, até o momento, ainda pende julgamento.

É de se imaginar que o julgamento do Tema 944 meramente confirme todos os precedentes, limitando-se a reafirmá-los sem grandes incursões na questão de fundo. Porém, há chances de que o *obiter dictum* do Min. Luiz Fux em sua decisão no ARE nº 953.656/2016 seja levado ao núcleo da decisão. Caso isso ocorra, poderia significar o aperfeiçoamento e atualização da jurisprudência do STF no tema da imunidade de jurisdição, densificando ainda mais a distinção entre atos de gestão e de império e, quem sabe, contribuir à compreensão mais ampla da relação entre costume internacional e direito brasileiro.

2.2.4 – Imunidade de execução

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 102, I, “e”, atribuiu ao STF a competência para julgar originariamente “*o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou Território*”. Por isso, em numerosas ocasiões, o Supremo deparou-se com execuções fiscais movidas face Estados estrangeiros⁹⁵. Em todas elas, foi negado seguimento ao processo, ora monocraticamente, ora com confirmação por acórdão.

Todas essas execuções fiscais possibilitam identificar como o STF entende e aplica a imunidade de execução. Em primeiro momento, a impressão é de que a discussão não está madura no Tribunal, pois a grande maioria das decisões não entra nesse pormenor, limitando-se a reconhecer a imunidade de jurisdição do Estado de forma geral, como exemplifica o seguinte despacho, bem sucinto, proferido no bojo da ACO nº 527/1998:

⁹⁵ ACO 522, ACO 527; ACO 543; ACO 634; ACO 638; ACO 696; ACO 645; ACO 524; ACO 675; ACO 670; ACO 674; ACO 677; ACO 698; ACO 706; ACO 691; ACO 709; ACO 526.

Trata-se de execução fiscal contra a Embaixada Americana do Brasil, em que Juiz Federal de São Paulo declinou da competência e remeteu os autos ao STF (art. 102, I, e, da Constituição Federal).

O Estado Estrangeiro goza de imunidade de jurisdição, salvo no tocante às causas trabalhistas.

O Supremo Tribunal decidiu nos dois sentidos (Apelação Cível 9.707, Min. Moreira Alves e Apelação Cível nº 9.696, Min. Sydney Sanches).

Diante disso, julgo extinto o processo, com base no art. 267, VI, do CPC.⁹⁶ (grifou-se)

Entretanto, em cinco casos, em sede de agravo regimental, alguns Ministros dedicaram atenção particular ao problema da imunidade da execução. Nos AgR em ACO nº 543/2006, AgR em ACO nº 633/2007, AgR em ACO nº 645/2007, AgR em ACO nº 670/2007 e AgR em ACO nº 675/2007 o Supremo apreciou execuções fiscais movidas pela União Federal contra, respectivamente, a República da Coreia nos dois primeiros casos, a República Francesa, e os Estados Unidos nos dois últimos. Em todos eles, os Ministros relatores proferiram votos bastante abreviados, invocando precedentes e negando provimento ao agravo regimental, frente a existência da imunidade de jurisdição do Estado demandado. E nos cinco casos, foi aberta divergência pelo Min. Celso de Mello, que acabou por galgar alguns membros do Tribunal.

O Min. Celso de Mello teve o cuidado de, logo ao início de seu voto vista, distinguir a imunidade de jurisdição e a imunidade de execução, como cabe transcrever:

Como se sabe, **a imunidade de jurisdição** dos Estados estrangeiros – **quer se trate** de imunidade à jurisdição cognitiva (**imunidade** ao processo de conhecimento), quer se cuide de imunidade à jurisdição executiva (**imunidade** de execução) – **derivava**, ordinariamente, **de um princípio básico**, o princípio da “comitas gentium”, **consagrado** pela prática consuetudinária internacional **e assentado em premissas teóricas e em concepções políticas**, que, **fundadas na essencial igualdade** entre as soberanias estatais, **legitimavam** o reconhecimento de que ‘par in parem non habet imperium vel iudicium’, **consoante enfatizado** pelo magistério da doutrina⁹⁷

É bem verdade que, ocasionalmente, o tema específico da imunidade de execução foi aventado no STF, como, por exemplo, na própria decisão monocrática que extinguiu a ACO nº 543 sem julgamento de mérito, porém sem a profundidade que pretendeu o Min. Celso de Mello em seu voto vista. Como colocou o Ministro, o STF não estendeu a relativização da imunidade ao ato

⁹⁶ Despacho na ACO 527. A decisão foi depois agravada e confirmada.

⁹⁷ O trecho é notadamente similar ao voto proferido pelo relator no AgR em AI nº 139.671/1995, porém acrescido justamente da distinção entre imunidade de jurisdição e imunidade de execução.

constritivo. Segundo o voto vista, seria possível que o judiciário brasileiro executasse Estado estrangeiro caso houvesse renúncia expressa do mesmo, ou então, caso existissem, “*em território brasileiro, (...) bens, que, embora pertencentes ao Estado estrangeiro, não tenham qualquer vinculação com as atividades essenciais às legações diplomáticas ou representações consulares mantidas em nosso país*”.

No referido voto, a possibilidade de executar bens de Estados estrangeiros desvinculados de funções oficiais não é apresentada com fulcro em costume ou convenção internacional, mas com base exclusivamente em escritos do então ex-Ministro e juiz da Corte Internacional de Justiça, Francisco Rezek. Assim, a divergência aberta entendeu que a União Federal, então exequente, poderia comprovar ao STF a existência de bens passíveis de constrição judicial, “*desde que tais bens não se mostrem impregnados de destinação diplomática e/ou consular*”.

As razões da divergência traziam consigo perspectiva até então inédita ao Tribunal, e fez com que o Min. Ayres Britto pedisse vista, diante da preocupação em extrair o fundamento jurídico da decisão “*não apenas dos tratados internacionais, não apenas dos costumes, mas (...) da própria Constituição Federal*”, fazendo referência ao art. 4º da CF/88. É preciso notar que a fala do Ministro mais uma vez revela o reconhecimento de que costumes internacionais podem fundamentar decisões judiciais, ou seja, estão inseridos no ordenamento jurídico brasileiro.

Em seu voto vista, o Min. Ayres Britto, repetindo trecho já utilizado da obra de Rezek, assenta que as convenções de Viena de 1961 (sobre relações diplomáticas) e 1963 (sobre relações consulares) apenas protege os bens de uso oficial, vinculado às missões diplomáticas ou consulares. Por isso, prossegue, a *contrario sensu*, os demais bens estatais estão sujeitos à execução, o que inclusive ocorreu contra o Brasil em ao menos duas ocasiões (casos Instituto Brasileiro do Café e Llyod Brasileiro), como lembrara o Min. Celso de Mello em seu voto. É justamente com finco nessas ocasiões que o Min. Ayres Britto levanta a relevância da questão jurídica da reciprocidade.

Em seu entender, “*a reciprocidade de tratamento entre Estados soberanos não é outra coisa senão o princípio da igualdade internacional posto em ação*”. Dessa forma, aponta que o art. 4º,

V, da CF/88, ao consagrar a igualdade entre Estados como princípio regente das relações internacionais do Brasil, comporta que o Brasil teria o poder-dever de conformar o exercício de sua jurisdição aos “*padrões internacionais de justiça*”. Eis o trecho do voto que articula o valor jurídico da reciprocidade:

Ora bem, se a **práxis internacional se marca pelo princípio da reciprocidade e pela distinção entre atos de simples gestão administrativa e atos de verdadeira soberania**, para sempre imunizar estes últimos quanto a medidas judiciais externas de cobrança de dívida e eventuais constringências de ordem processual, como negar ao Brasil esse poder-dever de conformar sua jurisdição, na matéria, aos padrões internacionais de justiça? Se a soberania, no plano externo, é exatamente o poder de protagonizar relações jurídicas em pé-de-igualdade com as demais pessoas de direito público externo, organizadas sob a forma de Estado? A implicar, portanto, reciprocidade de tratamento para situações idênticas? (grifou-se)

O Ministro também oferece um caminho centrado na Constituição Federal ao problema da aferição da afetação oficial ou não dos bens a serem executados, utilizando dos art. 36, § 6º e 150, § 2º da CF/88, que tratam, respectivamente, da responsabilidade do Estado brasileiro por condutas de seus agentes e da imunidade tributária de autarquias e fundações públicas. Em resumo, o Min. Ayres Britto acompanhou integralmente a divergência aberta pelo Min. Celso de Mello, porém buscou assentar a Constituição Federal como fundamento.

Ao fim, os argumentos de relativização da imunidade de execução não convenceram a maioria dos membros do o Plenário do STF, muito embora não tenham juntado votos ou apresentado argumentos que dialogassem com os fundamentos da divergência. A impressão é de que houve, sobretudo, receio em remexer a jurisprudência no tocante a tema tão sensível quanto execução de Estado estrangeiro. O Supremo acabou, por apertada maioria de seis votos a cinco, negando provimento ao AgR em ACO nº 543/2006, nos termos do voto do Ministro Relator, Sepúlveda Pertence. A ementa do acórdão, bastante expressiva, elenca como única hipótese que autoriza a execução de Estado estrangeiro a renúncia:

Imunidade de jurisdição. Execução fiscal movida pela União contra a República da Coréia. **É da jurisprudência do Supremo Tribunal que, salvo renúncia, é absoluta a imunidade do Estado estrangeiro à jurisdição executória: orientação mantida por maioria de votos.**

Precedentes: ACO 524-AgR, Velloso, DJ 9.5.2003; ACO 522-AgR e 634-AgR, Ilmar Galvão, DJ 23.10.98 e 31.10.2002; ACO 527-AgR, Jobim, DJ 10.12.99; ACO 645, Gilmar Mendes, DJ 17.3.2003. (grifou-se)

Os julgamentos do AgR em ACO nº 633/2007, AgR em ACO nº 645/2007, AgR em ACO nº 670/2007 e AgR em ACO nº 675/2007 tiveram desfecho similar. Nesses casos, o Min. Celso de Mello também abriu a mesma divergência, com os mesmos fundamentos, no qual foi novamente acompanhado pelo Min. Ayres Britto, que novamente apenas acresceu certos contornos constitucionais ao voto. Em dado momento, no julgamento da AgR em ACO nº 633/2007, a discussão travada entre os Ministros evidenciou o receio diante da dificuldade em precisar quais bens seriam afetados a uso oficial e quais não seriam. Alguns Ministros também expuseram certa insatisfação diante do fato de que no exterior, bens desafetados do Estado brasileiro eram regularmente alvo de execução, enquanto no Brasil se entendia impossível esse mesmo tipo de execução, diante da imunidade do Estado estrangeiro. Já nos AgR em ACO nº 645/2007, 670/2007 e 675/2007, não houve discussão alguma, apenas coleta dos votos.

Em todos os casos, como no AgR em ACO nº 543/2006, pela mesma maioria de seis votos a cinco, o Plenário negou provimento aos agravos, com a relevante diferença de que sequer mencionaram imunidade de execução em suas curtas ementas. A ementa do AgR em ACO nº 633/2007 restou assim redigida:

CONSTITUCIONAL. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL PROMOVIDA PELA UNIÃO CONTRA ESTADO ESTRANGEIRO. CONVENÇÕES DE VIENA DE 1961 E 1963.

1. Litígio entre o Estado brasileiro e o Estado estrangeiro: observância da imunidade de jurisdição, tendo em consideração as Convenções de Viena de 1961 e 1963.
2. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: ACO522-AgR/SP e ACO 634-AgR/SP, rel. Min. Ilmar Galvão. Plenário, 16.9.98 e 25.9.2002. DJ de 23.10.98 e 31.10.98, DJ de 10.12.99; ACO 524 AgR/SP, rel. Min, Carlos Velloso, Plenário DJ de 09.05.2003.
3. Agravo não provido.

A seu turno, os acórdãos AgR em ACO nº 645/2007, 670/2007 e 675/2007, todos de relatoria do Min. Gilmar Mendes, foram ementados com o seguinte teor:

Ação Cível Originária. 2. Execução Fiscal contra Estado estrangeiro. Imunidade de jurisdição. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

Como apontado, essas cinco execuções fiscais representaram a melhor ocasião em que o Supremo pôde debruçar-se mais propriamente sobre o problema da imunidade de execução, sendo esse o cerne da divergência aberta pelo Min. Celso de Mello e ampliada pelo Min. Ayres Britto. No entanto, mesmo decidindo-se em mesmo sentido, dos cinco acórdãos surgiram três ementas bastante distintas. É possível que isso explique a considerável imprecisão existente na aplicação dos precedentes pelo próprio STF.

As decisões nem sempre são claras se estão extinguindo o processo com base na imunidade de jurisdição ou especificamente de execução, ou então não traçam uma distinção adequada entre os dois conceitos⁹⁸. Em outras ocasiões, diante dos mesmos fatos, as decisões são expressamente fundamentadas nas Convenções de Viena de 1961 e 1963⁹⁹. Embora haja inquestionável consistência nos resultados práticos das ações julgadas, seria preferível que o Tribunal fosse mais uniforme na fundamentação de suas decisões.

De todo modo, das vezes que o STF aplicou ou se pronunciou quanto à imunidade de execução, a tese dominante, melhor formatada quando do julgamento dos três agravos regimentais supracitados, permanece inalterada até os dias de hoje. O Supremo entende que o Estado estrangeiro detém imunidade absoluta de execução perante a jurisdição brasileira, salvo renúncia do executado¹⁰⁰.

⁹⁸ Por exemplo, a decisão do Min. Ricardo Lewandowski no ARE 665.050/2014, que reconheceu “a imunidade de execução ao Reino da Espanha em matéria trabalhista”. Ou então, a decisão do Min. Gilmar Mendes na ACO nº 800/2012, em que afirmou que o “Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento no sentido de que é absoluta, salvo renúncia, a imunidade de Estado estrangeiro em processo de execução”, consignando depois que “a ausência de manifestação do Estado estrangeiro não importa em renúncia à imunidade de jurisdição”.

⁹⁹ Por exemplo, a Min. Ellen Gracie, ao negar seguimento à ACO nº 1.446/2009, assinalou que “em casos análogos ao presente, concernentes à execução fiscal, fixou esta Corte o entendimento de que o Estado estrangeiro detém a imunidade de jurisdição prevista nas Convenções de Viena de 1961 e 1963”. Com igual teor, decidiu o Min. Eros Grau na ACO nº 1.450/2010 que “A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o Estado estrangeiro, em virtude das Convenções de Viena de 1961 e 1963, goza de imunidade de jurisdição”.

¹⁰⁰ O Min. Celso de Mello, quem primeiro abriu a divergência, em decisões mais recentes, mantém sua posição minoritária, porém reconhece e aplica a jurisprudência dominante do Supremo. Ver ACO 709 DJ 26/08/2013 e ACO 526 DJ 28/08/2013.

Para além disso, apesar de existentes, são raras as menções à natureza costumeira da norma, ainda que implícitas. Talvez esse seja um dos motivos, além do receio de revolver tema sensível, para que o Tribunal tenha rejeitado a proposição do Min. Celso de Mello (pela executoriedade de bens estatais desafetados de oficialidade), preferindo se manter alheio à evolução normativa codificada pela Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades de Jurisdição dos Estados e sua Propriedade de 2004.

2.3 – Imunidade de jurisdição no STF: internalização, natureza jurídica e ônus da prova

Dentro do escopo do presente trabalho, interessa situar a jurisprudência do STF perante os problemas mais amplos da relação entre costumes internacionais e o direito brasileiro. Isso significa analisar como o Supremo, ao reconhecer, aplicar ou afastar a imunidade de jurisdição, providencia parâmetros aplicáveis aos costumes internacionais de forma mais abrangente. A esse respeito, cabe indagar se, nesse tanto, o Tribunal colabora para abordar os problemas da internalização dos costumes internacionais, natureza jurídica no direito doméstico e distribuição do ônus da prova.

Curiosamente, no tema da imunidade jurisdição, o STF jamais sinaliza qualquer questionamento quanto a necessidade de internalizar regras de direito internacional consuetudinário. A polêmica entre dualismo e monismo está totalmente ausente. Como visto, o Tribunal rotineiramente reconhece a imunidade de jurisdição de Estados estrangeiros como regra juridicamente existente, válida e eficaz, sendo comum a extinção de processos com esse fundamento.

Sabe-se que um tratado internacional, ainda que devidamente ratificado pelo Brasil, não tem vigência interna sem a promulgação do Decreto Executivo que o internaliza em definitivo. É radicalmente distinto o tratamento dispensado pelo STF à imunidade de jurisdição em sua forma costumeira. Ao invés disso, não há sequer sugestão de que seria necessário algum ato interno para dar vigência interna à regra internacional da imunidade de jurisdição. Isso aponta que um costume internacional vigente para o Brasil talvez possa ser aplicado internamente de forma imediata. Não

haveria distinção entre vigência internacional e interna. Naturalmente, uma conclusão dessas demandas uma série de cautelas.

A primeira delas é em relação a diferença entre o que o STF efetivamente diz e o que pode ser lido e interpretado a partir disso. É verdade que o Tribunal nunca exigiu um procedimento de internalização para que a imunidade de jurisdição de matriz consuetudinária passasse a ter vigência interna, porém, também nunca dispensou, de forma expressa, a necessidade de alguma internalização. Em relação ao problema da internalização dessa regra costumeira, há apenas silêncio por parte do STF. A conclusão de que a vigência internacional confere vigência interna imediata deriva do fato que a imunidade de jurisdição é invocada como fundamento jurídico para diversas decisões, sem nenhuma correspondência em lei interna ou tratado. Isso só pode ser explicado porque o Tribunal reconhece sua vigência interna.

O paradigmático caso Genny de Oliveira é bastante ilustrativo dessa correlação automática entre vigência internacional e doméstica, pois aborda o surgimento de uma nova regra costumeira internacional, ou melhor, a mutação de uma norma já estabelecida. Fosse necessário um procedimento próprio de internalização, o Supremo não poderia ter reconhecido, sem a concorrência de nenhum ato interno específico, norma internacional até então inédita no direito brasileiro. Porém o fez. Para tanto, conforme já exposto, realizou verdadeira avaliação dos dois elementos que compõe qualquer norma costumeira, e concluiu pelo surgimento de nova regra de direito internacional costumeiro e, implicitamente, também no direito brasileiro.

A segunda cautela necessária ante a conclusão de que um costume internacional que obrigue o Brasil tem vigência interna imediata diz respeito a natureza jurídica da imunidade de jurisdição. Nem todos os costumes internacionais são iguais em natureza. A imunidade de jurisdição é tida como uma regra de direito internacional geral, ou seja, como aceita pela totalidade ou *quasi*-totalidade dos Estados da comunidade internacional¹⁰¹. Portanto, é uma norma de mais fácil aplicação e tem, por assim dizer, certa presunção de imperatividade, sendo uma de suas características a dispensa de prova de sua existência. Assim, é possível que o entendimento do

¹⁰¹ XIADONG, Yang. *State Immunity in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 34.

Supremo, da vigência internacional e interna do costume internacional, não seja replicável a costumes menos abrangentes.

Além do problema da internalização, é preciso apurar se, ao debruçar-se sobre a imunidade de jurisdição, o Supremo contribuiu para os problemas da natureza jurídica interna e do ônus da prova de costumes internacionais. Ao lidar com a natureza jurídica tratados internacionais, como já explicado no capítulo anterior, o direito brasileiro desenvolveu uma série de parâmetros, destinados principalmente à solução de antinomias. Nesse sentido, uma vez internalizados, via de regra, tratados assumem o *status* hierárquico de leis ordinárias¹⁰². Seria possível, em alguma medida, reproduzir esse raciocínio para costumes internacionais vigentes no direito brasileiro?

A jurisprudência do STF parece não atender ao problema da natureza que o costume internacional assume após internalizado. O que se observa é que a própria identificação da natureza costumeira da imunidade de jurisdição nem sempre é explicitada nos julgados. Quando o é, jamais se indaga onde a norma se situa no ordenamento jurídico brasileiro. É de se supor que a imunidade de jurisdição em algum momento poderia se chocar com o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF/88), o que ensejaria uma discussão mais aprofundada sobre o problema, porém isso nunca ocorreu. Na verdade, o máximo que se encontra no Supremo é o entendimento de que, desde que fundamentadas, as decisões que reconhecem a imunidade de jurisdição não caracterizam negativa de prestação jurisdicional¹⁰³.

Apesar de ser possível depreender que se dispensa um procedimento específico de internalização de costume internacional para que este possa ser aplicado pelo direito brasileiro, a jurisprudência do STF sobre imunidade de jurisdição não traz respostas à eventuais antinomias com normas internas. É impossível fazer inferências quanto à natureza jurídica que detém os costumes internacionais no ordenamento jurídico nacional. Não se sabe como interagem com outras normas internas, qual seu âmbito de aplicação, ou se integram os direitos subjetivos dos sujeitos, por exemplo.

¹⁰² O fenômeno encontra-se mais pormenorizado no Capítulo 1.

¹⁰³ Por exemplo, no já citado ARE nº 953.656/2016.

Finalmente, acerca do ônus da prova do costume internacional, embora se possa extrair pouco, a jurisprudência do Supremo sobre imunidade de jurisdição levanta algumas considerações potencialmente importantes. Os acórdãos pouco interagem com os argumentos trazidos pelas partes, de sorte que não se sabe se as partes envolvidas faziam algum tipo de levantamento dos elementos material e subjetivo que atestam a existência de um costume internacional. É de se destacar, porém, que o caso Genny de Oliveira, que representa uma mudança substancial na jurisprudência do STF em direção à relativização da imunidade de jurisdição, foi fundamentado sob genuína incursão probatória nos elementos que informam o costume internacional.

Realmente, ao promover um levantamento de legislações estrangeiras que codificaram a imunidade de jurisdição (e as hipóteses que admitem relativização da regra), bem como decisões de cortes estrangeiras, o voto condutor do Min. Francisco Rezek no caso Genny de Oliveira levantava o elemento material e *opinio juris* que comprovam a existência da imunidade relativa de jurisdição. Mesmo expediente foi replicado no destacado AI nº 139.671/1995, sendo ambos os precedentes invocados com frequência para reconhecer a imunidade relativa de jurisdição. O método usado para aferir o costume internacional aparenta ser aplicável a circunstâncias além da imunidade de jurisdição. Há ainda, no Tribunal, algumas possibilidades metodológicas interessantes, que não foram exploradas tanto quanto a fórmula mais abrangente do caso Genny de Oliveira.

No supracitado AI nº 139.671/1995, o Min. Celso de Mello consignou que o próprio Estado demandado, os Estados Unidos, já repudiava a imunidade absoluta de jurisdição, adotando ele mesmo a teoria da imunidade relativa. Para afirmar isso, o Ministro apresentou legislação, jurisprudência e até declaração diplomática emitidas pelo Estado réu. Essa abordagem específica poderia ser particularmente relevante em casos de costumes regionais ou locais, ou mesmo para determinar se o Estado em questão é objetor persistente a um costume internacional universal.

Outra possibilidade diz respeito ao exame que fez o Min. Celso de Mello no AgR em RE nº 222.368/2002 da posição adotada pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil. Esse

recurso soa útil tanto para determinar a oponibilidade de um costume internacional ao Estado brasileiro quanto para determinar se um costume internacional é válido no direito brasileiro. É interessante notar que em ambos os casos, o Ministro visou destacar a natureza diplomática dos atos levantados.

Esses dois métodos (exame particularizado do Estado réu e exame particularizado do Brasil), vale ressaltar, aparecem como mero *obiter dictum* nas ações mencionadas. Por isso figuram como mera possibilidade a ser explorada. Muito mais sólido é o método mais abrangente de comprovação da imunidade relativa de jurisdição, essencial ao fundamento jurídico da decisão do caso Genny de Oliveira, tendo sido replicado ou invocado por outras decisões do Tribunal.

Disso se depreende que, para reconhecer um costume internacional até então desconhecido ou ignorado pelo STF, o Tribunal exige prova. Pelo constatado, é o próprio Tribunal que em geral levanta as provas, porém se imagina que também as partes poderiam fazer a demonstração, caso lhes interessasse. Por exemplo, caso um Estado estrangeiro demandado quisesse alegar ser objeto persistente frente a determinado costume.

Além disso, por meio dos julgados analisados, também é possível ver que tipo de evidência é aceita como prova de um costume internacional: legislação e jurisprudência estrangeira em primeiro lugar, convenções internacionais e, menos frequentemente, outros atos internos de Estados estrangeiros. De fato, esses são os meios de prova tidos como mais comuns. Ao que tudo indica, os meios de prova usados para aferir a imunidade relativa de jurisdição na jurisprudência do STF seriam aplicáveis também sob outras circunstâncias.

Se, no julgamento dos agravos regimentais que quase introduziram na jurisprudência do Supremo a possibilidade de execução de bens destituídos de natureza oficial¹⁰⁴ a divergência aberta tivesse adotado de forma mais clara e didática os fundamentos usados para relativização da

¹⁰⁴ As cinco execuções fiscais já citadas, todas julgadas por uma maioria de seis votos a cinco: AgR em ACO nº 543/2006; AgR em ACO nº 633/2007; AgR em ACO nº 645/2007; AgR em ACO nº 670/2007; e AgR em ACO nº 675/2007.

imunidade a partir do caso Genny de Oliveira, talvez o resultado fosse outro. Talvez hoje o direito brasileiro estivesse alinhado ao estado da arte da imunidade de execução. Ao invés disso, ainda vigora a compreensão de que a imunidade de execução do Estado estrangeiro é absoluta, excetuando-se tão somente os casos de renúncia a mesma.

No caso Genny de Oliveira, o Min. Francisco Rezek propôs uma mudança na jurisprudência do Supremo porque identificou uma mudança nas normas de regência da questão. O voto demonstrou que não vigia mais a regra costumeira da imunidade absoluta dos Estados em matéria trabalhista, e se apoiou no surgimento de novas legislações estrangeiras a fim de comprovar sua afirmação. O fundamento da decisão é precisamente nessa mudança operada no regime internacional da imunidade de jurisdição, que abriu frente à imunidade relativa. É sob essas razões que o STF rompeu com a antiga jurisprudência e inaugurou uma nova abordagem. O mesmíssimo expediente poderia ter sido adotado no quinteto de agravos regimentais que ponderava se a imunidade de execução do Estado estrangeiro era absoluta ou não.

Ao proferir seu voto vista (o mesmo para os cinco julgados), o Min. Celso de Mello também quis deixar para trás a jurisprudência do Tribunal que entendia absoluta a imunidade de execução do Estado estrangeiro. O ministro alegou que bens de Estados estrangeiros localizados no território nacional poderiam sim ser passíveis de atos constritivos, desde que não tivessem função oficial. Esse entendimento encontra respaldo no costume internacional, como indica a própria Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades de Jurisdição dos Estados e sua Propriedade, de 2004, que embora não vigente, é reflexo de norma consuetudinária. Ao revés do Min. Rezek no caso Genny de Oliveira, no entanto, o Min. Celso de Mello não explora essa mudança no quadro normativo internacional, optando por fundamentar seu voto em razões doutrinárias (inclusive citando Rezek), o que não foi suficiente para conquistar a maioria dos demais ministros.

Também oriunda das execuções fiscais destacadas, cumpre ainda apontar uma alternativa ensaiada pelo Min. Ayres Britto ao problema da relação entre direito brasileiro e costume internacional. Em seu voto, o Ministro dá revestimento constitucional à reciprocidade que deve governar as relações entre Estados, invocando o art. 4º, V da CF/88. Apesar da posição não ter

angariado apoio na ocasião, seria um meio de localizar a raiz jurídica interna dos costumes internacionais em um ponto mais determinado, e de maior relevo, que é a própria Constituição Federal.

Como última observação, é forçoso notar que, ao lidar com costumes internacionais, parece imperar no Tribunal certo grau de imprecisão dogmática. Talvez a expressão mais escusável dessa imprecisão seja a ocasional caracterização da imunidade de jurisdição como princípio, pela já relatada dificuldade conceitual que é comum mesmo entre jusinternacionalistas¹⁰⁵. Exemplo mais notável é justamente no voto do condutor do AgR em AI nº 139.671/1995, que afirma que “*o tema da imunidade de jurisdição (...) que, antes, como já enfatizado, radicava-se no plano dos costumes internacionais - passou a encontrar fundamento jurídico em convenções internacionais (...) ou, até mesmo, (...) na própria legislação interna de diversos Estados*”. O trecho leva a crer que, ao passar a constar em convenções internacionais e legislações domésticas, a imunidade internacional perderia sua natureza costumeira. Fosse esse o caso, o voto seria desprovido de lógica, já que aplica uma regra não prevista nem em tratado do qual o Brasil é parte nem na lei brasileira.

A inconsistência também se faz sentir nas decisões monocráticas que extinguem as execuções fiscais, ora com fulcro na imunidade de execução consuetudinária, ora fundadas nas Convenções de Viena de 1961 e 1963. Enfim, ainda que o Tribunal disponha de uma jurisprudência razoavelmente desenvolvida e munida de ferramentas conceituais adequadas, é certo que há alguma carência de sistematização. Diante do material analisado, revela-se possível dar alguns passos em direção a uma apreensão mais sistemática.

Em conclusão, a partir da análise dos 24 acórdãos e 47 decisões monocráticas¹⁰⁶ levantadas no tema de imunidade de jurisdição, é possível derivar alguns parâmetros (ou, ao menos, indícios) que o direito brasileiro adota em relação aos costumes internacionais. O primeiro é que não se exige nenhum procedimento de internalização para que um costume internacional universal passe a vigor no Brasil: basta que se reconheça a vigência internacional. O segundo é que para reconhecer a

¹⁰⁵ Ver N.R. nº 85.

¹⁰⁶ Os julgados estão indicados na tabela do Anexo I, sob o indexador “imunidade de jurisdição”.

vigência internacional de um costume, podem ser utilizados como meios de prova dos elementos material e subjetivo as convenções internacionais, as legislações e jurisprudências estrangeiras e, em menor grau, mesmo outros atos internos (sobretudo de natureza diplomática).

Ambos os parâmetros parecem capazes de superar o tema da imunidade de jurisdição e assumir maior grau de abstração e aplicabilidade. É verdade que o Supremo Tribunal Federal não é explícito em enunciá-los, entretanto, não é preciso empreender maiores esforços para ler o que não está escrito. Basta a leitura atenta e contextualizada dos votos para identificar os traços mestres do *ratio decidendi*, que alastram sua lógica implícita na forma de jurisprudência.

O COSTUME INTERNACIONAL NO DIREITO EXTRADICIONAL BRASILEIRO

O capítulo anterior buscou revelar como o Supremo Tribunal Federal aplica a imunidade de jurisdição em sua forma costumeira. O instituto da imunidade de jurisdição, certamente, é a mais notável expressão do costume internacional no Supremo. Pela leitura da jurisprudência, é possível depurar, no mínimo, alguns indícios de parâmetros jurídicos brasileiros que sejam extensíveis a categorias mais abrangentes das normas internacionais consuetudinárias. Ainda que fora do tema da imunidade de jurisdição o STF não disponha de tantos julgados proveitosos ao problema da relação entre direito brasileiro e costumes internacionais, há outras decisões cujos fundamentos podem ser significativamente úteis a esse fim. O intuito desse capítulo é explorar como o costume internacional é aplicado nos pedidos de extradição julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

O motivo para o enfoque nessa classe processual é simples. Por se tratar de procedimento inerentemente internacional, a pesquisa jurisprudencial empreendida levantou muitos acórdãos potencialmente relevantes para a relação entre direito brasileiro e costumes internacionais. Diferentemente do capítulo anterior, no entanto, não se pode catalogar as extradições por matéria. Isso porque, ao invés da abundância e relativa uniformidade (pelo menos nas conclusões) de decisões do Tribunal sobre imunidade de jurisdição, é difícil identificar qualquer outro tema que, por si só, viabilize tentativas de sistematização dos parâmetros jurídicos domésticos aplicáveis à costumes internacionais.

Esse esforço de sistematização se efetivará por meio da análise das diferentes extradições que abordem, de forma imediata ou remota, a temática dos costumes internacionais. Isso significa que, inobstante possa ser coberta uma ampla gama de matérias, o que interessa é verificar o que as decisões tem de comum em relação aos costumes internacionais. Desse modo, o que se pretende é expor as extradições mais relevantes ao presente trabalho, a fim de apurar a possibilidade de aferir parâmetros para internalização e aplicação dos costumes internacionais pelo direito brasileiro. Por fim, é dentre as extradições que provavelmente se localiza o julgado mais impactante do trabalho, a Extradição nº 1.362/2016, em que o STF avalia como o direito brasileiro interage com norma de *jus cogens*.

3.1 – A um palmo dos costumes: a potencialidade latente das extradições

Ao julgar extradições, é comum que o STF circunde o tema dos costumes internacionais, sem, contudo, articular de forma precisa e robusta o arcabouço conceitual dessa fonte do direito internacional. Em geral, as decisões se atêm às normas internas ou tratados internacionais. Entretanto, por ocasião, os votos desprendem-se das soluções calcadas estritamente na Constituição Federal, tratados internacionais ou leis brasileiras e tangenciam a disciplina do costume internacional. Nesses casos, são comuns as afirmações mais generalistas, que apenas remetem à normatividade dos costumes internacionais, sendo frequente o uso impreciso dos termos “*princípio*”, “*prática*” e “*costume*”, e sem nunca articular os argumentos e elementos de forma metódica ou robusta.

A Extradicação nº 633/1996 é grande exemplo disso. Em suma, tratava-se de uma extradição requerida pela República Popular da China a título de delitos patrimoniais, sendo que o extraditando, militante político, arguia perseguição política. Além disso, segundo ele, as instituições chinesas seriam incapazes de oferecer a garantia do devido processo legal, sendo inclusive presentes institutos abominados em muitos países, como a pena de morte e a retroatividade da lei penal, mesmo que mais gravosa.

Em seu voto, o relator, Min. Celso de Mello afirma que as garantias básicas do devido processo legal seriam “*fundadas em princípios consagrados pela prática internacional*”, citando declarações internacionais e assinalando que a retroatividade da lei penal era “*repudiada pela consciência jurídica dos povos livres*”. O aceno parece apontar ao encontro de um costume internacional, mas não vai tão longe. A extradição é indeferida pelos motivos apresentados pelo extraditando, sem, entretanto, que se levante nenhuma norma costumeira.

É frequente nesses julgados que se reúna um conjunto até razoável de elementos que, em tese, se prestariam a subsidiar (e até atestar) a análise da existência de uma norma costumeira, mas não se articulam a esse ponto. Votos que visam demonstrar, em especial pela colação de declarações e tratados internacionais, um ambiente, ou “*eixo*” no direito internacional que

conduzam a uma determinada interpretação da norma doméstica¹⁰⁷. Igualmente, o art. 4º da CF/88, que elenca os princípios regentes das relações internacionais do Brasil, é comumente invocado a fim de se justificar determinada interpretação de norma interna, mas não a título de evidenciar a normatividade de um ou outro costume¹⁰⁸. O máximo que se faz é trilhar o caminho da Extradução nº 1.461/2016, cujo julgamento aproveita, ainda que de forma rasa, ao presente estudo.

Na Extradução nº 1.461/2016, o Reino Unido requeria a entrega de cidadão britânico condenado por estupro de vulnerável. Uma das alegações do extraditando era de que a justiça inglesa não lhe teria garantido direito à recurso. O argumento causa estranheza, mas pretendia suscitar dúvida quanto a ocorrência de devido processo legal. O relator, Min. Gilmar Mendes, observou que há parâmetros de respeito aos direitos humanos “*aceitos pela comunidade internacional*”, consignando que “*a universalização do reconhecimento da prerrogativa de recorrer contra a condenação criminal ainda é um trabalho em andamento*”, com finco no fato de que muitos documentos internacionais relevantes não a reproduzem. Enfim, se não se pode dizer que o Ministro mobilizou a categoria de costume internacional, ao menos intentou ser metódico para aferir a existência de um ambiente, um quadro normativo internacional.

Pois bem, em numerosas extradições, o que se verifica é que, por pouco, os ministros não abordam diretamente os costumes internacionais. Embora sejam apresentadas diversas evidências que se prestariam a comprovar os elementos material e subjetivo de um costume internacional, os julgados lhes atribuem valor normativo indefinido, de modo a persuadir em direção a uma determinada interpretação de alguma norma brasileira ao invés de outra, ocasionalmente se valendo também do art. 4º da CF/88. A impressão que se tem é que, com parco esforço, seria possível

¹⁰⁷ Por exemplo, na Segunda Questão de Ordem na Extradução nº 783/2001 o Min. Celso de Mello afirma que “*não se pode desconhecer que se delineia, hoje, uma nova perspectiva no plano do direito internacional. É que, ao contrário dos padrões ortodoxos consagrados pelo direito internacional clássico, os tratados e convenções, presentemente, não mais consideram a pessoa humana como um sujeito estranho ao domínio de atuação dos Estados no plano externo. O eixo de atuação do direito internacional público contemporâneo passou a concentrar-se, também, na dimensão subjetiva da pessoa humana, cuja essencial dignidade veio a ser reconhecida, em sucessivas declarações e pactos internacionais, como valor fundante do ordenamento jurídico sobre o qual repousa o edifício institucional dos Estados nacionais*”.

¹⁰⁸ Por exemplo, na Extradução nº 855/2004, o art. 4º, VIII, da CF/88, foi utilizado, em conjunto com o art. 5º, XLIII da CF/88, para se afastar a caracterização de crime político e abrir caminho ao deferimento da extradição. Não há diálogo com normas consuetudinárias.

reorganizar o conteúdo de muitos votos para que dialogassem de alguma forma com o costume internacional e sua aplicação no direito brasileiro. Por certo, isso não seria necessário em todo julgado, porém é de se pensar que seria oportuno em certos casos, como nos de asilo¹⁰⁹.

3.2 – *Jus cogens* e a extradição nº 1.362/2016

Para que se possa compreender melhor a relevância da Extradição nº 1.362/2016, é preciso antes tecer algumas considerações sobre o próprio tema do *jus cogens*. No Direito Internacional, via de regra, não há hierarquia de fontes. As duas notáveis exceções são a Carta das Nações Unidas, como preceitua seu art. 103, e normas de *jus cogens*. Por vezes chamadas de normas imperativas (ou cogentes) de direito internacional geral, as normas de *jus cogens* são mormente de origem costumeira, e, por seu *status* hierárquico privilegiado, são capazes de render nulidade às regras internacionais inferiores. Nos termos da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 (CVDT), um tratado é nulo se, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de direito internacional geral (art. 53), e torna-se nulo caso sobrevenha uma nova norma imperativa de direito internacional geral (art. 64).

Não é simples a conceitualização de *jus cogens*. A própria CVDT, em seu art. 53, traz uma definição frequentemente taxada de tautológica¹¹⁰:

Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Independentemente da crítica que se possa fazer, fato é que a existência e natureza das normas de *jus cogens* é hoje aceita não só na academia, como pela própria comunidade internacional em virtual unanimidade. Em suma, para que uma norma consuetudinária seja categorizada como sendo uma norma imperativa de direito internacional geral, segundo Brian D. Lepard, é necessário que:

¹⁰⁹ Por exemplo, na Extradição nº 1.008/2007, embora não se possa negar que o ministro relator explore suficientemente a distinção entre asilo e refúgio, é provável que, utilizando as ferramentas do costume internacional, a fundamentação adotada fosse aprimorada.

¹¹⁰ DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET. *Op. Cit.*, p. 207.

- 1) Os Estados acreditem em geral que essas normas devem ser de natureza fortemente peremptórias em função da importância dos valores que promove;
- 2) Os Estados acreditem mais ainda que esses valores sejam tão importantes que devem ser impostos mesmo contra objetores persistentes;
- 3) Os Estados acreditem ainda mais esses valores sejam tão importantes que devem prevenir qualquer provisão contrária de um acordo entre Estados e devem inclusive tornar tais acordos nulos, inclusive tornando nulas provisões desses acordos que não sejam contrárias a esses valores; e
- 4) Os Estados em geral acreditem razoavelmente em princípios éticos mais convincentes ou essenciais ou pelo menos sejam consistentes com princípios éticos fundamentais.

111

Em linha gerais, são essas as características que viabilizam a identificação de uma norma de *jus cogens*. Entretanto, a relativa facilidade em conceitualização encontra logo sólidas dificuldades práticas. Não existe nenhuma lista objetiva e autoritativa de quais seriam as normas de *jus cogens* vigentes. Inobstante, com base na jurisprudência internacional, em pronunciamentos e posturas dos próprios Estados e na literatura acadêmica, existe certo consenso quanto ao conteúdo mínimo das normas de *jus cogens*, cuja origem remonta ao famoso caso *Barcelona Traction*, julgado pela Corte Internacional de Justiça em 1970:

(...) uma distinção essencial deve ser feita entre as obrigações de um Estado perante a comunidade internacional como um todo, e aquelas surgidas *vis-à-vis* outro Estado no campo da proteção diplomática. Pela sua própria natureza, as primeiras são de interesse de todos os Estados. Considerando a importância dos direitos envolvidos, todos os Estados detém interesse jurídico em sua proteção; elas são obrigações *erga omnes*.

34. Tais obrigações derivam, por exemplo, no direito internacional contemporâneo, da ilicitude de atos de agressão, e do genocídio, e também dos princípios e regras concernentes aos direitos básicos da pessoa humano, incluindo proteção contra a escravidão e a discriminação racial. Alguns dos direitos de proteção correspondentes ingressaram no corpo do direito internacional geral (...); outros são conferidos por instrumentos internacional de caráter universal ou *quase-universal*.¹¹²

¹¹¹ Tradução do Autor. No original: “1) states generally believe should be strongly peremptory in character because of the importance of the values they promote; 2) states generally believe further such important values that they should bind all states, even states that have persistently objected to them; 3) states generally believe in particular further such important values that they should preempt any contrary provision of an agreement between states and indeed should render such an agreement entirely void, including rendering void provisions in the agreement that do not contravene them; and 4) states generally and reasonably believe either further compelling or essential ethical principles or are at least consistent with fundamental ethical principles.” LEPARD, Brian D. Customary International Law: A New Theory with Practical Applications. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 244.

¹¹² Tradução do autor. No original: “(...) an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising *vis-à-vis* another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.”

Com base no julgado citado, criou-se um consenso de que a legítima defesa, as vedações ao genocídio, ao tráfico de escravos, à escravidão, ao uso da força, à guerra de agressão, à tortura, ao tráfico internacional de drogas e à pirataria figuram como exemplos pacíficos de normas de *jus cogens*. Há também quem diga que as normas proibitivas da discriminação, as que asseguram a autodeterminação dos povos e os princípios do Direito Internacional Humanitário também deteriam tal natureza imperativa, além da Declaração Universal dos direitos Humanos de 1948¹¹³.

Por sua força cogente, as normas de *jus cogens* figuram como uma das expressões do direito internacional mais potencialmente influentes na relação com o direito doméstico. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não é incólume a essa influência. Em verdade, as menções a *jus cogens* são até bastante numerosas, porém, sua articulação ao direito interno e mesmo adoção como razão de decidir deixam muito a desejar.

É um tanto sintomático que o primeiro julgado do STF levantado pela pesquisa a tratar do problema do *jus cogens* seja o Mandado de Segurança nº 30.894/2012. Isso porque o que se julgava era se determinadas questões de um concurso para Procurador da República estavam ou não em conformidade ao edital. Segundo os impetrantes, a questão de número 57, que versava sobre a natureza jurídica da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, seria por demais controversa, não existindo uma única resposta, já que existem tanto os que a definem como norma imperativa de direito internacional quanto aqueles que entendam se tratar de *soft law*. O acórdão sequer se pronunciou a respeito, vez que a questão foi prejudicada. No entanto, é justamente sobre a Declaração Universal dos Direitos do Homem que o STF mais vezes se manifestou sobre *jus cogens*.

34. *Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (...); others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character.* *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Julgamento, *ICJ Reports*, 1970, p. 3, paras. 33 e 34.

¹¹³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira Curso de Direito Internacional Público. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2019, p. 209.

3.2.1 – Breve nota sobre *jus cogens* nas decisões do Ministro Ricardo Lewandowski

Após atravessar pelo menos 24 anos¹¹⁴ sem fazer qualquer menção, por menor que fosse, às normas imperativas de direito internacional, o Supremo repentinamente passou a citá-las em enorme volume. Essa escancarada reviravolta numérica pode ser atribuída ao Min. Lewandowski, que, a partir de decisão monocrática no HC 137.063/2017, incluiu um parágrafo padrão em suas decisões e votos em sede de *habeas corpus*. Desde então, a seguinte redação foi reproduzida pelo Min. Lewandowski em pelo menos 78 votos ou decisões por ele proferidas¹¹⁵:

Não custa recordar, nesta oportunidade, que a proibição do retrocesso, em matéria de direitos fundamentais, encontra-se expressamente estampada no art. 30 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, elaborada sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, **considerada pelos especialistas verdadeiro jus cogens em matéria de direito internacional.** (grifou-se)

Em nenhuma das vezes, a passagem é expandida ou melhor explicada. Quando muito, há alguma elucubração a respeito da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, mas sem qualquer articulação ao tema do *jus cogens* ou mesmo com o tema do costume internacional¹¹⁶. Cumpre contextualizar que tais decisões e votos do Min. Lewandowski surgem num momento em que o STF discutia a viabilidade de prisão para fins de cumprimento de pena após condenação em

¹¹⁴ Atente-se que o presente trabalho adotou como marco temporal inicial o ano de 1988, quando promulgada a vigente Constituição Federal.

¹¹⁵ A referência a todas elas evidencia a dimensão do volume em questão: HC nº 137.063/2017; HC nº 148.144/2017; HC nº 147.220/2017; HC nº 147.376/2017; HC nº 147.688/2017; HC nº 148.525/2017; HC nº 148.569/2017; HC nº 147.427/2017; HC nº 136.644/2017; HC nº 148.291/2017; HC nº 148.524/2017; HC nº 149.414/2017; HC nº 147.563/2017; HC nº 148.223/2017; HC nº 140.217/2017; HC nº 147.494/2017; HC nº 149.344/2017; HC nº 148.375/2017; HC nº 148.891/2017; HC nº 149.245/2017; HC nº 150.924/2017; HC nº 150.955/2017; HC nº 150.113/2017; HC nº 150.010/2018; HC nº 150.679/2018; HC nº 150.837/2018; HC nº 144.975/2018; HC nº 152.601/2018; HC nº 151.430/2018; HC nº 153.468/2018; HC nº 153.820/2018; HC nº 144.293/2018; HC nº 152.919/2018; HC nº 152.752/2018; HC nº 139.382/2018; AgR em HC nº 151.430/2018; HC nº 152.998/2018; HC nº 156.579/2018; HC nº 144.717/2018; HC nº 152.741/2018; HC nº 154.160/2018; HC nº 142.162/2018; HC nº 155.303/2018; RHC nº 154.189/2018; HC nº 157.132/2018; HC nº 161.128/2018; HC nº 158.754/2018; HC nº 161.937/2018; HC nº 175.140/2018; HC nº 162.943/2018; RHC nº 163.223/2018; HC nº 164.279/2018; HC nº 164.697/2018; HC nº 164.684/2018; Rcl nº 26.360/2018; Extn em HC nº 152.728/2018; Extn em Rcl 26.360/2018; HC nº 162.485/2018; HC nº 135.951/2019; HC nº 142.017/2019; AgR em HC nº 167.265/2019; HC nº 169.438/2019; HC nº 169.411/2019; RCL nº 34.744/2019; ARE nº 1.217.425/2019; ARE nº 1.219.387/2019; HC nº 175.092/2019; HC nº 175.157/2019; HC nº 175.264/2019; HC nº 175.300/2019; HC nº 175.027/2019; HC nº 175.822/2019; HC nº 176.034/2019; HC nº 175.950/2019; HC nº 176.158/2019; HC nº 176.905/2019; e ARE nº 1.240.931/2019. Todos esses julgados estão na tabela no Anexo I, sob o indexador “*jus cogens*”.

¹¹⁶ É o caso do longo acórdão do HC nº 152.752/2018.

segunda instância, ainda que pendentes recursos nos tribunais superiores. A consagração deste novo entendimento, no entender do Ministro, é que configuraria o retrocesso vedado.

Em todo o caso, cabe questionar se a inserção (e reiteração) do parágrafo destacado contribui para a compreensão de como o STF enxerga o *jus cogens*. É um minúsculo *obiter dictum*, que nada diz a respeito da natureza do *jus cogens* ou sua interação no direito brasileiro. Sequer afirma que a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 é mesmo norma imperativa de direito internacional, apenas que é assim “*considerada pelos especialistas*”. Ou seja, é um indicativo que o tema, tão contundente para o direito internacional, é praticamente desconhecido, ou ignorado, pelo Tribunal de cúpula do judiciário brasileiro.

A vultuosa explosão do termo *jus cogens* no STF a partir de 2017 não passa de um alarme falso acerca do desenvolvimento da questão. É dizer, ao contrário do que se imaginaria, a repentina e reiterada aparição do termo *jus cogens* no Tribunal não foi acompanhada pela consolidação de um entendimento sofisticado desse conceito. Entretanto, pouco antes da primeira aparição do parágrafo destacado, um único julgado ofereceu contribuição muito mais valiosa que todas as 78 vezes que o Min. Lewandowski reiterou seu *obiter dictum*. Trata-se da Extradução nº 1.362/2016.

3.2.2 – A Extradução nº 1.362/2016 e os crimes de lesa-humanidade

Durante a primeira metade da década de 1970, esteve ativo na Argentina um grupo paramilitar denominado *Triple A*, cujo objetivo era o sequestro e assassinato de pessoas ligadas à grupos de esquerda. Em 30 de maio de 1974, um dos integrantes do *Triple A*, Salvador Siciliano, teria participado no sequestro de seis pessoas, tendo assassinado três delas e soltado as outras três, após provocar lesões e mediante ameaças. Sob tais premissas fáticas, em 2014 a República da Argentina requereu a extradução de Salvador Siciliano ao Brasil, onde o mesmo se encontrava. Os crimes imputados ao extraditando já estariam fulminados pela prescrição, porém, segundo a Argentina, se estaria diante de um crime de lesa-humanidade, contra o qual não corre a prescrição.

A noção de crimes de lesa-humanidade (também chamados de crimes contra a humanidade) foi germinada em uma declaração conjunta dos governos da França, Reino Unido e Rússia em 1915, em que se lê:

Em vista dos novos crime da Turquia contra a humanidade e a civilização, os Governos Aliados anunciam publicamente à Sublime Porta de que irão responsabilizar pessoalmente [por] estes crimes todos os membros do Governo Otomano e aqueles de seus agentes que estejam implicados nesses massacres.¹¹⁷

Até 1945, no entanto, o conceito não tinha provocado grandes repercussões jurídicas. Foi só a partir da criação do Tribunal de Nuremberg, com o ingresso do termo em seu estatuto, que se abriu caminho para uma crescente presença em instrumentos internacionais e consolidação de seu significado jurídico. Atualmente, a noção de crimes contra a humanidade é em geral aceita como firmemente estabelecida pelo direito internacional consuetudinário. Também há consenso quanto a seu conteúdo básico: crimes contra a humanidade são violações graves de direitos humanos ou direito humanitário que chocam o senso comum de dignidade humana, e são parte de uma prática desumana mais ampla ou sistemática¹¹⁸.

Pois bem, ao requerer a extradição de Salvador Siciliano, a Argentina caracterizou os delitos como sendo crimes contra a humanidade. Por esse motivo, incidiria a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e os Crimes de Lesa-Humanidade, da qual aquele Estado é parte, afastando a prescrição no caso concreto. Por esclarecedor, cabe transcrever o trecho pertinente do pedido de extradição da Argentina:

5. Os crimes pelos que foi processado Siciliano, **resultam imprescritíveis em virtude de ter sido caracterizado como de lesa-humanidade**, através da resolução prolatada por essa sede em 26 de dezembro de 2006. Como consequência, consoante ao regulado pela **“Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e os Crimes de Lesa-Humanidade” (Lei 25.984)**, que adquiriu hierarquia constitucional por Lei n. 25.778, devem ser considerados imprescritíveis, e, portanto, embora o tempo transcorrido desde sua comissão a ação penal se encontra plenamente em vigor (grifou-se)

¹¹⁷ Tradução do autor. No original: “*In view of these new crimes of Turkey against humanity and civilisation, the Allied governments announce publicly to the Sublime Porte that they will hold personally responsible [for] these crimes all members of the Ottoman Government and those of their agents who are implicated in such massacres*”. O trecho foi retirado de CASSESE, Antonio. *The Human Dimension of International Law: Selected Papers*. Oxford: Oxford University Press, p. 458.

¹¹⁸ *Ibid*, p. 459.

Da perspectiva argentina, a base jurídica para punibilidade parece razoavelmente bem estabelecida. Ocorre que ao apreciar a questão, o STF suscita um ponto bastante relevante: o Brasil não é membro da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e os Crimes de Lesa-Humanidade. Disso decorre a grande celeuma que permeia o caso, pois, segundo o código penal brasileiro, os crimes imputados ao extraditando já estariam prescritos, inviabilizando a extradição, já que, nos termos do próprio tratado de extradição entre os dois países, a mesma não pode ser concedida “*quando a ação ou a pena já estiver prescrita, segundo as leis do Estados requerente ou requerido*”. Também o Estatuto do Estrangeiro, vigente à época, em seu art. 77, II, vedava a extradição caso a punibilidade estivesse extinta segundo a lei brasileira. A condição ainda vige no art. 82, VI da nova Lei de Migração.

Na realidade, esse exato cenário, com outros personagens, já havia sido objeto de deliberação pelo STF. Ou seja, o Supremo teve de analisar esse mesmo problema da diferença entre imprescritibilidade na Argentina e prescrição no Brasil¹¹⁹. Naquelas ocasiões, entretanto, o Supremo não adentrou na discussão da caracterização dos delitos como crimes contra a humanidade. Ao invés disso, limitou-se a aplicar o entendimento de o desaparecimento forçado de pessoas seria correspondente ao crime de sequestro e, conforme jurisprudência do Tribunal, caso a vítima seja desaparecida trata-se crime de natureza permanente, e assim, ainda não prescrito.

Por ocasião do julgamento da extradição nº 1.362/2016, foi a primeira vez que os ministros abordaram como o direito brasileiro poderia incorporar a noção de crimes contra a humanidade e eventual imprescritibilidade dos mesmos. E o fez sob as lentes do *jus cogens*. Embora um pouco longos, valem ser transcritos os trechos do voto do relator, Min. Edson Fachin, que orientam o ineditismo da questão:

(...) Tendo a Argentina atribuído à natureza do crime o caráter de lesa-humanidade, faz incidir sobre o fato o regime internacional da imprescritibilidade, previsto pela Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, adotada pela Resolução 2391 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 26 de novembro de 1968. Por força desta Resolução, nos termos de seu art. 3º, os

¹¹⁹ Ext. nº 947/2009, Ext. nº 1.299/2013 e Ext. 1.278/2014.

Estados Membros obrigam-se a adotar todas as medidas internas, de ordem legislativa ou outra, que sejam necessárias a fim de permitir a extradição. **Embora a Convenção não tenha sido ratificada pelo Estado brasileiro, diversos países do continente Americano o fizeram, razão que levou a Corte Interamericana de Direitos Humanos a assentar, em diversas oportunidades, que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade obrigada os Estados integrantes do sistema interamericano de direitos humanos a punir os suspeitos da prática de tais crimes (...).**

(...)

É verdade, como se disse há pouco, que o Estado brasileiro não ratificou a Convenção sobre a Imprescritibilidade. O próprio representante brasileiro na ONU chegou a afirmar, à época, que o “direito brasileiro reconhecia a aplicação da prescrição em matéria criminal e que a extradição era governada pelos princípios fixados na Constituição a qual refletia o espírito humanitário da legislação penal brasileira (A/C.3/SR/1547). **A ausência de ratificação e a declaração do representante brasileiro no Terceiro Comitê da Assembleia Geral não devem ser traduzidas como sendo incompatível com o direito brasileiro o reconhecimento da imprescritibilidade dos crimes internacionais.** (...)

Hoje é evidente que inexistente um direito constitucional à prescrição, como demonstram, por exemplo, a emenda (...) posteriormente materializada nos incisos XLII e XLIV do art. 5º da Constituição Federal, e a Emenda Constitucional n. 45/04, que acrescentou o parágrafo 4º ao art. 5º, reconhecendo a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, o qual prevê, no artigo 29 do Estatuto de Roma, a imprescritibilidade dos crimes internacionais

(...)

De fato, a regra da imprescritibilidade não pertence ao direito comum, mas a esse campo do Direito que se convencionou chamar de direito penal internacional. É a seu caráter único entre os ramos tradicionais do direito que se deve reportar a produção de efeitos legais, independentemente de sua concretização pelo legislador nacional. (...)

Por isso, se reportam os crimes contra a humanidade ao direito penal internacional, disciplina cuja finalidade é, como ensina Kai Ambos, suprimir ou ao menos diminuir uma lacuna de punibilidade fática decorrente de graves violações de direitos humanos (...)

Consequentemente, **é nas fontes desse ramo do direito que se deve buscar uma interpretação do Tratado de Extradicação que seja consentânea com o atual quadro normativo do direito internacional.**

(...)

Como se depreende das razões apresentadas pelo Ministério Público, **a imprescritibilidade estaria fundada em norma “costumeira cogente”. Assim, para se reconhecer a imprescritibilidade dos delitos imputados ao extraditando é preciso examinar se essa disposição normativa, por meio do direito internacional, aplicável ao país. A resposta é afirmativa. Isso porque, de acordo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, são imprescritíveis os crimes contra a humanidade, o que expressamente afasta o óbice indicado na alínea “c” do Artigo III do Tratado de Extradicação. Além disso, tais normas integram o rol dos direitos fundamentais descritos no art. 5º da Constituição Federal,** o que impede a aplicação do disposto no art. 77, VI, da Lei 6.812 [Estatuto do Estrangeiro].

Ainda segundo o Min. Edson Fachin, seria necessário interpretar o Artigo III, “c” do Tratado de Extradicação (“*não será concedida a extradição quando a ação ou a pena já estiver prescrita, segundo as leis do Estado requerente ou requerido*”) de acordo com o art. 32 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de forma a não conduzir resultado manifestamente absurdo ou

desarrazoado. Por essa ótica, seria “absurdo” ou “desarrazoado” que o Artigo III, “c” do Tratado de Extradicação não pretendesse comportar o regramento de direito internacional aplicável, que seria o da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, com fundamento em “*norma costumeira cogente*”.

Uma vez assentadas as premissas gerais do voto, o que se segue é uma densa análise da natureza dos crimes contra a humanidade, sua imprescritibilidade, costumes internacionais e sua articulação com o direito brasileiro. Realmente, é um dos pronunciamentos mais ricos sobre esses temas que o STF produziu nos últimos 32 anos, quiçá até de sua história. O ministro relator inicia essa incursão apontando que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, “*cuja jurisdição é vinculante para o Estado brasileiro*”, entende que não se aplicam prazos prescricionais a crimes contra humanidade, em decorrência “*de normas costumeiras de direito internacional, da jurisprudência de organizações internacionais e também da doutrina*”¹²⁰. Passa então a um estudo detido do costume internacional.

Em toda a jurisprudência do Tribunal levantada para a presente pesquisa, este é o voto que, de longe, melhor explica os critérios de identificação de um costume internacional. Com forte amparo em 6 precedentes da Corte Internacional de Justiça¹²¹, assenta que, para reconhecimento de um costume internacional, é “*preciso avaliar a existência de uma ‘prática geral’ que é ‘aceita como direito’*”, enfatizando a necessidade de uniformidade, de que sejam atribuíveis ao Estado, e ainda, de que estejam presentes tanto o elemento material como o subjetivo. E mais: chega a transcrever trechos do segundo relatório sobre identificação de direito internacional consuetudinário da Comissão de Direito Internacional, a fim de listar alguns dos atos que poderiam

¹²⁰ O voto se refere expressamente aos seguintes casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Barrios Altos versus Peru, mérito, sentença de 14 de março de 2001, par. 41; Caso La Cantuta, mérito, sentença de 29 de novembro de 2006, par. 152; e Caso do Massacre de Las Dos Erres, sentença de 24 de novembro de 2009, par. 129.

¹²¹ Possivelmente, é o voto do STF que mais citou jurisprudência da Corte Internacional de Justiça da história. Foram invocados os seguintes precedentes: Imunidades Jurisdicionais do Estado, Alemanha v. Itália, Julgamento C.I.J., Report, 2002; Placa Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca, C.I.J., Reports 1969; Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua, Nicarágua v. Estados Unidos, Mérito, Julgamento, C.I.J., Reports 1986; Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Julgamento, C.I.J., Reports, 1970; Caso do Asilo Colombiano-Peruano, Colômbia v. Peru, Julgamento, 1950, C.I.J., Reports 1950; Placa Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca, C.I.J., Reports, 1969.

ser usados como evidência do elemento material e outros que prestariam como exemplos de *opinio juris* de determinada norma costumeira.

O Ministro Relator, então, procede a examinar se existe mesmo uma norma costumeira quanto a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Para tanto, é feito um trajeto conceitual que passa pela Cláusula Martens, pelas Cartas de Nuremberg e Tóquio, pelos diversos esforços empreendidos pela Comissão de Direito Internacional na codificação de crimes contra a humanidade e pelas resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas que criaram os Tribunais Penais para ex-Iugoslávia e Ruanda, tudo culminando na Convenção sobre a Imprescritibilidade de Crimes de Guerra e de Crimes contra a Humanidade e no Estatuto de Roma, fortes indicativos tanto da existência quanto do conteúdo da norma investigada. Entretanto, a incursão vai além:

Conquanto a Comissão de Direito Internacional apenas recentemente tenha iniciado estudos para a identificação de normas imperativas de Direito Internacional (A/69/10), **diversos atos internacionais reconheceram o caráter cogente (jus cogens) das normas que tipificam os crimes contra a humanidade**. Assim, a Minuta de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional do Estado (...) afirmou que “**normas peremptórias que são claramente aceitas e reconhecidas incluem a proibição de crimes contra a humanidade**”. No mesmo sentido, o Relatório sobre a Fragmentação do Direito Internacional (...) reconheceu que os crimes contra a humanidade são um dos “**mais frequentemente citados candidatos ao status de jus cogens**”. A própria Corte Internacional de Justiça (Imunidades Jurisdicionais do Estado, Alemanha v. Itália, Julgamento, C.I.J., Report, 2012, p. 99) **afirmou que os crimes contra a humanidade (sic) “possuem, sem dúvidas, caráter de jus cogens”**.

No sistema interamericano de direitos humanos, a atribuição do caráter de jus cogens para os crimes contra a humanidade também é pacífica (Caso Goiburú e outros, par. 84; Caso Chitay e outros, par. 193; e Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, par. 197). (grifou-se)

Sobre o caráter cogente da norma que dispõe sobre crimes contra humanidade e a inafastabilidade de sua punição, são apresentados ainda posicionamentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, do Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Como se não bastasse, ainda como subsídio, citou decisões judiciais da Argentina, Chile, Peru, Colômbia e Uruguai. Por toda a evidência apresentada, o Min. Edson Fachin concluiu que

Em todos esses casos, deduz-se uma norma imperativa de Direito Internacional que, de um lado, define os crimes contra a humanidade e, de outro, reconhece não lhes ser aplicável as limitações legais usualmente opostas para impedir a persecução penal.

Desse caráter de *jus cogens*, decorre, portanto, o afastamento do disposto no Artigo III, “c”, do Tratado de Extradicação entre o Brasil e a Argentina, por força do disposto no art. 53 da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados. (grifou-se)

Sem sombra de dúvidas, a metodologia adotada – bem como explicada – pelo voto para aferir a existência de uma norma internacional consuetudinária não encontra paralelo no Tribunal. Os elementos material e subjetivo são definidos de forma hígida e precisa, com apoio na autoridade da Corte Internacional de Justiça e na Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas e há contundente exposição de material comprobatório, em especial jurisprudência internacional e estrangeira. É até passível de crítica que se atribua valor de prova de costume a decisões judiciais internacionais, porém é adequado levar em conta o fundamento nelas contido, em particular a respeito do reconhecimento desse mesmo costume¹²². Ademais, a referência à jurisprudência internacional é tão infrequente no STF que este julgado acaba por destoar positivamente. Enfim, trata-se de voto realmente paradigmático na matéria de costumes internacionais.

Um segundo desafio é debater a interação desta norma imperativa de direito internacional com o direito brasileiro. Nesse tópico, o voto já não é tão impressionante. A impressão é que todo o esforço para assentar que a tipificação e imprescritibilidade de crimes contra a humanidade tem natureza de *jus cogens*, dando ênfase à prova do costume internacional, parece ter sido deixado de lado quando o voto se voltou à interação do tema com o direito doméstico. Há até mesmo certa confusão entre normas internacionais consuetudinárias e convencionais. No que toca o direito brasileiro, o voto conclui que é

forçoso reconhecer que a exigência constante do art. 77, VI, do Estatuto do Estrangeiro, quer porque não se compatibiliza com o ordenamento constitucional quando o extraditando responder por crime contra a humanidade, quer porque, nos termos do art. 27 da Convenção de Viena, não pode o Estado invocar limitações do direito interno para deixar de adimplir com obrigações internacionais, deve, in casu, acolher a regra de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. **Noutras palavras, a**

¹²² LEPARD, Brian D. Customary International Law: A New Theory with Practical Applications. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, 183-185.

imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade é compatível com o regime e os princípios adotados pela Constituição Federal (art. 5º, § 2º, CRFB) e, por essa razão, são incompatíveis com a disposição constante do Estatuto do Estrangeiro, no que condiciona a extradição à ausência de prescrição. (grifou-se)

Ou seja, o voto intenta dar assento constitucional à norma de *jus cogens* por meio do art. 5º, § 2º da CF/88, ignorando que o próprio dispositivo adota expressamente a terminologia “*tratados internacionais*”. Pode-se observar que, de acordo com o ministro, o art. 5º, § 2º da CF/88 seria uma cláusula de abertura a todo o direito internacional dos direitos humanos, e não apenas o de natureza convencional. Há também uma aproximação descabida ao *ratio decidendi* contido no RE 349.703/2008, que, à semelhança do RE 466.343/2008, decidiu pelo *status* hierárquico supralegal dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos. Esses argumentos são manejados para afirmar que a norma de *jus cogens* em questão, por seu conteúdo protetivo dos direitos humanos, também seria hierarquicamente superior à legislação comum brasileira. Por esse motivo, entende o Min. Fachin que “*não pode o disposto no art. 77, VI, do Estatuto do Estrangeiro ser oposto à obrigação que incumbe ao Estado brasileiro de garantir resposta adequada às graves violações de direitos humanos cometidas nos territórios de outros países*”. Pela posição adotada pelo Min. Fachin, seria até mesmo possível dizer que o art. 5º, § 2º da CF/88 é a norma interna que regula a internalização dos costumes internacionais em matérias de direitos humanos, isto é, dispensando a necessidade de atos internos para tal internalização.

Há também grande destaque à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. As decisões da Corte, nesse caso quanto à imprescritibilidade de crimes contra a humanidade, orientariam o contexto interpretativo do tratado de extradição, por força tanto do art. 31, § 3º da CVDT (“*1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade. (...) 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação*”) quanto dos arts. 4º, II e 5º, § 2º, da CF/88. Para maior clareza, transcreve-se as passagens do voto que invocam a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

Embora a Convenção não tenha sido ratificada pelo Estado brasileiro, diversos países do continente Americano o fizeram, razão que levou a Corte Interamericana de Direitos Humanos a assentar, em diversas oportunidades, que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade obrigava os Estados integrantes do sistema interamericano de direitos humanos a punir os suspeitos da prática de tais crimes (Caso Barrios Altos versus Peru, mérito, sentença de 14 de março de 2001, par. 41; Caso La Cantuta, mérito, sentença de 29 de novembro de 2006, par. 152; e Caso do Massacre de Las Dos Erres, sentença de 24 de novembro de 2009, par. 129).

Dessa forma, a manutenção do entendimento segundo o qual a prescrição deve ser verificada apenas de acordo com o disposto na lei brasileira tem o resultado de transformar o país em um abrigo de imunidade para os autores das piores violações contra os direitos humanos. **Tal interpretação não apenas viola a jurisprudência da Corte Interamericana, cuja obrigatoriedade da jurisdição foi declarada pelo Governo da República Federativa do Brasil em 10 de dezembro de 1998**, como também esvazia o sentido do princípio fixado no art. 4º, II, da Constituição Federal.

(...)

(...) na esteira da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (...), não pode a República Federativa do Brasil aplicar causa de extinção de punibilidade aos crimes que, de acordo com a classificação feita pelo Estado requerente da presente extradição e consentânea com o direito internacional, são qualificados como internacionais.

Esses argumentos, trazidos aqui apenas para corroborar a interpretação feita pela Corte Interamericana, permitem compreender o alcance da jurisdição desse órgão internacional, não como sendo hierarquicamente superior a este Tribunal, mas como verdadeira fonte de colaboração para a garantia dos direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal, tal como prevista pelo § 2º. (grifou-se)

Como se vê, o voto parte do pressuposto que o Brasil estaria vinculado à jurisprudência da Corte Interamericana, devendo, assim, observar as sentenças que afastaram a prescrição de crimes contra a humanidade. Essa observância, que estaria também fundada nos arts. 4º, II e 5º, § 2º da CF/88, influiria na interpretação do tratado de extradição com a Argentina, para melhor qualificar as hipóteses em que incidiria o óbice da prescrição.

Deixando de lado os questionamentos que se possam levantar quanto a algumas imprecisões na fundamentação jurídica das conclusões do Ministro Relator, em síntese, o voto consignou que o Estado brasileiro estaria vinculado à norma de *jus cogens* que estabelece crimes contra a humanidade e sua imprescritibilidade, estando preenchido o requisito da dupla punibilidade, tornando a extradição viável. É interessante que o voto tenha apontado na direção de afastar o Estatuto do Estrangeiro diante da norma internacional, considerando que um caminho potencialmente até mais simples seria a satisfação do requisito da lei brasileira a partir da norma internacional, sem que se tivesse de enfrentar antinomia alguma. O longo voto do Min. Edson Fachin instigou um debate profícuo no Tribunal.

O debate no bojo da Extradicação nº 1.362/2016 é a um só tempo proveitoso e revelador. Proveitoso porque os Ministros expuseram concepções de direito internacional que aproveitam ao objeto do presente trabalho, e revelador porque restou evidente que o Supremo tem ferrenhas dificuldades com o tema. O Min. Barroso, próximo a votar, logo aderiu, sem maiores comentários, à corrente do relator. Coube então ao seguinte Ministro, o Min. Teori Zavascki, antes de pedir vista, a tarefa de melhor precisar os contornos do imbróglio jurídico, o que instou o Min. Barroso a elaborar sua perspectiva:

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Senhora Presidente, esta realmente é uma questão delicada. Antes de votar, gostaria de alguns esclarecimentos.

O Ministro-Relator parte da premissa – e parece-me que a premissa essencial do seu voto está resumida na parte final do item 3 – de que:

O Estado brasileiro não deve invocar limitações de Direito interno para deixar de atender ao pedido de extradição.

Essa limitação de Direito interno, no caso, seria a prescrição?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) – Sim.

(...)

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Eu tenho dúvida, portanto, ela revoga a norma nacional, ou, pelo menos, paralisa a eficácia e, portanto, não há limitação na Lei nacional; ou há limitação na Lei nacional e, no meu entender, nós teríamos que observar essa limitação. Essa é a minha dúvida. Quer dizer, Vossa Excelência está dizendo que, do ponto de vista do Direito interno, mesmo que haja uma norma cogente internacional, ela não paralisa nem revoga o Direito interno pela prescritibilidade.

(...)

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – O Relator parte do pressuposto de que, no Brasil, o crime está prescrito. Mas existe uma norma internacional que diz que é imprescritível. (...)

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – A interpretação não está, a meu ver ajustada, quer dizer, **pelo princípio da não contradição, uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo; portanto, ou está prescrito ou não está.**

(...)

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Não é possível estar prescrito e não estar prescrito. Para saber se está prescrito ou não, é preciso saber qual é a norma que incide. E o Ministro Fachin disse: **“Incide a norma internacional, e não a norma interna”**.

(...)

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – (...) é que o jus cogens, ele independe de ratificação. **Quer dizer, ou é um costume internacional, respeitado e praticado, ou não é jus cogens.** O jus cogens não é propriamente Direito positivado; é uma prática internacional generalizadamente reconhecida.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Pois é. É, nesse particular, digamos assim, talvez melhor a (sic) Corte para dizer se o jus cogens se aplica ou não é o Supremo Tribunal Federal. (...) (grifou-se)

O sujeito oculto da discussão, é claro, é o clássico embate entre dualismo e monismo. Talvez sem se dar conta nesse primeiro momento, o Min. Barroso apresentou uma síntese bastante fidedigna do argumento kelseniano pelo monismo: uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo. Portanto, ou é válida a norma brasileira que determina a prescrição, ou é válida a internacional que determina imprescritibilidade. Por sua vez, o voto-vista proferido pelo Min. Teori Zavascki, ainda que não se assuma, adota posição eminentemente dualista:

2. Conforme pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “a satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional” (...)

3. A circunstância de o Estado requerente ter qualificado os delitos imputados ao extraditando como de lesa-humanidade não afasta a aplicação da orientação jurisprudencial acima referida. (...)

Confira-se, ainda, sobre a inaplicabilidade de disposição veiculada por tratado internacional sobre matéria de direito penal material: HC 96.007, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 8.2.2013.

Na linha desses precedentes, ainda que houvesse norma de direito internacional de caráter cogente que estabelecesse a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, tal norma não encontraria aplicabilidade no Brasil, porquanto não reproduzida no direito interno. E, ainda que considerado o Estatuto de Roma como norma supralegal, ou mesmo de estatura constitucional, ele não elidiria a força normativa do art. 5º, XV, da Constituição da República (...)

4. Finalmente, não se pode sustentar que o indeferimento da extradição com base nesses fundamentos ofende o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (...). Trata-se, na verdade, de simples incidência de limitação veiculada pelo próprio tratado (...). **Ora, partindo da premissa de que, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, os delitos imputados ao extraditando pelo Estado requerente encontram-se prescritos,** eventual acolhimento do pedido extradicional ofenderia disposição do próprio tratado de extradição, que também demanda o preenchimento do requisito da dupla punibilidade para sua procedência. (grifou-se)

É possível que seja a primeira vez, no STF, que a questão da prevalência da concepção dualista ou monista sobre a relação de direito interno e direito internacional seja colocada diante do problema do costume internacional. Em debate após o voto-vista do Min. Zavascki, o Min. Barroso torna ainda mais evidente o semblante da questão posta, afirmando categoricamente que “*a questão se transforma menos em dupla punibilidade e mais na eterna discussão ‘monismo-dualismo’*” e que “[o] *jus cogens é costumeiro, portanto, eu não dou relevância ao tratado*”. Assim, o voto do Min. Zavascki passou a representar a corrente divergente, que indefere a extradição com base na prescrição fundada em norma doméstica, entendendo ser inaplicável

eventual norma internacional de imprescritibilidade. Os demais ministros, mais do que filiarem-se a uma ou outra corrente, trouxeram significativos aportes.

Somando-se aos que entendem pela vigência e incidência da norma de *jus cogens*, o Min. Lewandowski lembrou que a origem dos crimes contra a humanidade remonta ao início do século XX com a inserção da Cláusula Martens na Convenção de Haia II em 1907, sendo consolidada pelos Tribunais de Nuremberg e Tóquio. Por esse caminho, reconheceu a existência da norma internacional, tendo-a como imperativa no direito brasileiro em função do art. 5º, §§ 2º e 3º, da CF/88. A seu turno, a Min. Rosa Weber, além de também reconhecer a vigência da norma de *jus cogens*, exprime tratar-se de “*super norma imperativa de direito internacional insuscetível de ser afastada pelo direito interno*”, concluindo que, no caso, se deve ler o direito interno a partir da direito internacional “*seja ele estabelecido por tratados seja por obrigações costumeiras*”. Por fim, a Min. Cármen Lúcia, em voto curto, também acompanhou o voto do Min. Fachin. Não foi a corrente vencedora.

Apesar do argumento central do voto-vista do Min. Zavascki ser essencialmente a não internalização de eventual norma internacional no direito brasileiro, a maioria dos ministros que o acompanharam não se ativeram a esse núcleo. O Min. Gilmar Mendes não vislumbrou motivos para romper com a jurisprudência do Tribunal, entendendo que mesmo que houvesse norma de *jus cogens*, essa não poderia ser considerada “*jus cogens para o Brasil, na época dos fatos*”, pontuando que o Tribunal de Nuremberg não pode servir de parâmetro. Mais simples, o voto do Min. Celso de Mello ignora a polêmica do *jus cogens* e consigna que o Brasil não é parte da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, valendo a regra nacional da prescrição. Já o Min. Marco Aurélio adota via heterodoxa, entendendo ser a Lei de Anistia brasileira o óbice à extradição¹²³. O Min. Toffoli, em breve voto de único parágrafo, soma-se aos que indeferem a extradição:

¹²³ Diz o ministro: “*no Brasil, a Lei de Anistia ainda não foi suplantada, e, a meu ver, é óbice, por si mesma, à conclusão sobre a viabilidade da extradição. O caso concreto não se enquadra sequer na exceção prevista na Lei de Anistia, no § 2º do artigo 1º, porque o extraditando, acusado de prática delituosa que desagua em seis vítimas – e afasto, portanto, a concepção de crime de lesa-humanidade -, não foi condenado, até aqui, na Argentina. Subscrevo integralmente o voto proferido pelo ministro Teori Zavascki quanto à prescrição, após entender haver obstáculo, consubstanciado na Lei brasileira de Anistia, presente a dupla punibilidade.*”

VOTO**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhora Presidente, também eu cumprimento o belíssimo e bem fundamentado voto trazido pelo eminente Relator, e com a lealdade que Sua Excelência colocou o tema a respeito da punibilidade já estar extinta sob a óptica da lei brasileira, o que faz também com que eu, na linha dos votos dos Ministros Teori, Rosa e, agora, Fux, divergindo de Sua Excelência e do Ministro Barroso, indefira a extradição.

Além do Min. Zavascki, o Min. Fux é o único que, indeferindo a extradição, acresce à compreensão do problema do *jus cogens* e sua relação com o direito doméstico.

O voto do Min. Fux é profundamente dialógico com o cerne da questão aventada pela corrente do Min. Fachin. Em princípio, o ministro reconhece que o conceito de crimes contra a humanidade encontra respaldo “*tanto [n]as legislações internas dos Estados quanto [n]os numerosos atos normativos da comunidade nacional sobre a matéria (...) o que revela a existência de uma norma de jus cogens quanto à criminalização*”. No entanto, prossegue o ministro, a regra de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade não goza de mesmo tratamento. Para corroborar com essa afirmação, em articulação com trabalhos acadêmicos, são expostas duas importantes evidências: o diminuto número de ratificações da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, bem como da Convenção Europeia sobre os Crimes Contra a Humanidade e os Crimes de Guerra; e a própria elaboração das normas Estatuto de Roma, que não optou pela retroatividade da imprescritibilidade, e do prestígio dado pelas propostas ao instituto da prescrição.

Diante desses fatos, o Min. Fux assenta que “*a Convenção de 1968 não foi aceita pela maioria da comunidade internacional (...) em decorrência (...) de considerações de ordem democrática e republicana, (...) que, segundo pesquisadores, impediram a aceitação da regra de imprescritibilidade*”. Nessa frente, portanto, até mesmo no direito internacional os crimes imputados aos extraditados estariam prescritos, ainda que crimes contra a humanidade. Para além disso, o voto também oferece uma perspectiva dualista ao tratar da reserva legal em matéria penal, assinalando que a Constituição Federal assegura que normas de prescrição devem ser veiculadas em lei.

Ao final, designou-se o Min. Teori Zavascki como relator para acórdão, considerando que seu voto-vista conduziu a maioria de seis contra a minoria de cinco ministros, sendo os vencidos liderados pelo voto do relator original, Min. Edson Fachin. A ementa não é explicitamente filiada ao dualismo, porém não há dúvidas que representa uma adesão do STF a essa perspectiva teórica:

EXTRADIÇÃO REQUERIDA PELA REPÚBLICA DA ARGENTINA. DELITOS QUALIFICADOS PELO ESTADO REQUERENTE COMO DE LESA-HUMANIDADE. **PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SOB A PERSPECTIVA DA LEI PENAL BRASILEIRA.** NÃO ATENDIMENTO AO REQUISITO DA DUPLA PUNIBILIDADE (ART. 77, VI, DA LEI 6.815/1980 E ART. III, C, DO TRATADO DE EXTRADIÇÃO). INDEFERIMENTO DO PEDIDO.

(...)

3. A circunstância de o Estado requerente ter qualificado os delitos imputados ao extraditando como de lesa-humanidade não afasta a sua prescrição, porquanto (a) o Brasil não subscreveu a Convenção sobre Imprescritibilidade dos crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, nem aderiu a ela; e (b) **apenas lei interna pode dispor sobre prescritibilidade ou imprescritibilidade da pretensão estatal de punir** (cf. ADFP 153, Relator(a) Min. EROS GRAU, voto do Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJe de 6.8.2010).

4. O indeferimento da extradição com base nesses fundamentos não ofende o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Decreto 7.030/2009), uma vez que não se trata, no presente caso, de invocação de limitações de direito interno para justificar o inadimplemento do tratado de extradição firmado entre o Brasil e a Argentina, mas sim de simples incidência de limitação veiculada pelo próprio tratado, **o qual veda a concessão da extradição “quando a ação ou a pena já estiver prescrita, segundo as leis do Estado requerente ou requerido” (art. III, c).**

5. Pedido de Extradição indeferido. (grifou-se)

Como se vê, priorizou-se o argumento de que a prescrição teria ocorrido no direito brasileiro, o que se depreende das leis internas brasileiras. O que realmente importa, decidiu o Supremo, é verificar se no direito brasileiro existe a regra de imprescritibilidade, sendo indiferente a existência de norma internacional não internalizada. O labor do Min. Fux ao determinar que apenas a criminalização, e não a imprescritibilidade, detém natureza de *jus cogens*, foi deixado de lado. Tanto a apertada maioria de seis votos a cinco quanto a elaboração dos votos vencidos indicam que a questão do *jus cogens* e sua relação com o direito nacional, caso ressurja sob novos ângulos, poderia ter um desfecho diferente. Por ora, o tema não foi nem mesmo inserido na ementa, evidenciando que, no Tribunal, prevalece o dualismo.

3.3 – Internalização, natureza jurídica e ônus da prova do costume internacional nas extradições julgadas pelo STF

As extradições julgadas pelo Supremo, por sua própria natureza, são terreno fecundo ao direito internacional como um todo, e assim, também o são para o debate do costume internacional. No entanto, essa fertilidade não parece render muitos frutos no que tange os parâmetros para internalização, natureza jurídica e ônus da prova dos costumes internacionais no direito brasileiro, exceto pelo abundante acórdão da Extradução nº 1.362/2016, que merece análise diferenciada.

Temas como asilo político, refúgio, crime político, e exercício da jurisdição, de algum modo conexos ou regulados por costumes internacionais, são frequentes nesses julgados. Os próprios acórdãos transparecem essa conexão, apresentando atos tipicamente utilizados como meio de prova de normas internacionais consuetudinárias, em especial as declarações internacionais. Ao invés de utilizar esses elementos a fim de comprovar a existência e vigência de algum costume, os ministros os utilizam para instruir caminhos interpretativos. É dizer, apesar de volumosas e carregadas de potencial, é impossível depreender das extradições julgadas pelo Supremo parâmetros jurídicos aptos a orientar a internalização e aplicação do costume internacional no direito brasileiro. Isso não significa que esses julgados sejam inúteis à investigação deste trabalho.

Como dito, vários desses julgados assumem expediente típico à comprovação de costumes internacionais. Em que pese a retórica empregada não conduza ao reconhecimento (ou não) de uma ou outra norma internacional consuetudinária, é possível ao menos atestar algum valor normativo nas declarações elencadas. Não é inócua a reiterada referência às declarações internacionais: significa enxergar, nessa espécie de ato de vontade estatal, ao menos algum impacto jurídico. No léxico do costume internacional, seria cabível falar-se em *opinio juris*. A contribuição desses julgados, porém, não vai além dessa inferência. A inferência de que o STF reconhece declarações internacionais como prova de *opinio juris*, o que não destoaria do que diz a academia e a própria Corte Internacional de Justiça¹²⁴.

¹²⁴ DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain, *Op. Cit.*, p. 341; MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque, *Op. Cit.*, p. 280.

Felizmente, uma extradição foge à regra. A extradição nº 1.362/2016 tem densidade e impacto o suficiente para que se cogite alçá-la à estatura dos paradigmas em matéria de direito internacional. O acórdão contempla diferentes posições sobre a existência, imperatividade, internalização e aplicação de normas de *jus cogens* no direito brasileiro, e oferece teses razoavelmente consistentes, inteligíveis, e, mais importante, generalizáveis. Não se despreza que por vezes, em particular durante os debates orais entre ministros, transpareça a estranheza e até dificuldade perante os conceitos jurídicos levantados pelo relator¹²⁵. Isso não impediu que, a partir dos votos escritos, surgisse um diálogo proveitoso.

A controvérsia jurídica disputada entre as correntes do Min. Edson Fachin e Min. Zavascki foi sintetizada de forma precisa no capítulo 3 do voto da Min. Rosa Weber (“*PRINCIPAIS INTERPRETAÇÕES JURÍDICAS LEVANTADAS PARA A RESOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA*”): “*o fundamento subjacente do dissenso inaugurado é no sentido de que, não obstante a existência de norma de direito internacional de caráter cogente que estabeleça a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, tal norma não encontra aplicabilidade no Brasil, porquanto ainda não reproduzida no direito interno*”.

Realmente, a desconfiança em aplicar a norma de *jus cogens* é justificada pela ausência de um procedimento de internalização, clássica exigência da concepção dualista. É de se indagar qual seria o procedimento adequado para internalizar uma norma costumeira de *jus cogens*, porém o Tribunal não entrou neste pormenor. Prevaleceu na corrente majoritária, capitaneada pelo Min. Zavascki que, em não havendo internalização, não se poderia aplicar eventual norma internacional, ainda que de caráter cogente. O voto condutor sequer se propõe a aferir se a norma existe ou não. Eis a tese vencedora, capaz de ser usada como parâmetro para outros casos semelhantes: normas

¹²⁵ Por exemplo, as falas de alguns ministros levam a crer que haja uma confusão entre a norma de *jus cogens*, o Estatuto de Roma e a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade: “*O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Mas que há uma norma internacional, de caráter cogente – o Ministro Barroso acabou de reafirmar –, que estabelecerá uma regra de imprescritibilidade. A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Que é o Estatuto de Roma*”. Em outro momento, a Min. Rosa Weber se refere à “*norma convencional de direito internacional da imprescritibilidade*”.

imperativas de direito internacional de caráter costumeiro dependem de procedimento de internalização para ingresso, existência, vigência e aplicação no direito brasileiro.

É nítida a divergência quanto aos julgados que reconhecem e aplicam a norma internacional da imunidade de jurisdição em sua forma costumeira. Na jurisprudência consolidada do STF, não se exige nenhum procedimento de internalização, apenas a comprovação, *motu proprio*, de que o costume é vigente como regra de direito internacional geral, e, *ipso facto*, aplicável por cortes brasileiras. Não há nada que justifique a diferença de interpretação. Na realidade, seria de se esperar que, pela superioridade normativa do *jus cogens*, seu alcance fosse até mais amplo do que o das regras costumeiras da imunidade de jurisdição.

A inconsistência, naturalmente, é fruto da própria ausência de sistematização jurídica da relação entre costume internacional e direito brasileiro. Apesar do STF, na prática, dispensar procedimento de internalização para imunidade de jurisdição, fundamentando decisões com base em costume internacional, essa rotina não foi estudada e organizada de forma teórica. Prova disto está no próprio acórdão da Extradicação nº 1.362/2016. Mesmo os votos que aprofundam o debate sobre a juridicidade do *jus cogens* no direito doméstico não citam a jurisprudência existente do próprio tribunal em matéria de costume internacional. Há ainda outra questão relevante que foi abafada sob a principal tese extraída, que defere ao dualismo.

A ementa, bem como o próprio voto condutor, não contempla um dos aspectos mais ricos dos votos, que é a questão do ônus da prova da norma internacional consuetudinária. O Min. Edson Fachin, que foi quem primeiro trouxe à mesa que a norma de *jus cogens* afastaria a prescrição do delito examinado, porquanto crime contra a humanidade, visou evidenciar a existência e vigência da norma costumeira, apresentando tratados internacionais, jurisprudência internacional e estrangeira, e interpretações da Comissão de Direito Internacional. Somaram-se a essa empreitada o Min. Lewandowski e a Min. Rosa Weber, colacionando novos tratados internacionais. Ainda nesse ponto, cabe destacar que o Min. Fux também conduziu análise extensiva para apurar a existência da norma, e concluiu que era *jus cogens* apenas a norma de criminalização, mas não a de imprescritibilidade, pelo que não se poderia deferir a extradicação nesses termos. Tudo isso a

demonstrar que o STF perquire a existência de costumes internacionais pela verificação de seus elementos material e subjetivo.

Enfim, esse arcabouço probatório não foi levado em conta pelo relator para a acórdão, Min. Zavascki, pois a seu entender não era relevante definir se existia ou não a norma de *jus cogens* que preceitua a imprescritibilidade de crimes contra a humanidade. Até por esse motivo, é difícil alegar que o expediente empregado pelos votos vencidos (e também pelo Min. Fux) tenha condão de agregar ao ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo amparada em ligeira maioria de votos, mais vale levar em conta a tese vencedora, de que seria necessário internalizar, não se sabe bem a que modo, o *jus cogens* para aplicá-lo no direito doméstico. A tese de que, nas palavras do relator para acórdão, no tema do *jus cogens*, “[s]e, sobre isso, na ordem internacional há disposições diferentes, esse reconhecimento de que, na ordem interna, está prescrito evidencia que eventuais normas internacionais não são cogentes para o Brasil”. Ou, de forma mais suscinta, “porque ela é *jus cogens* e não é *jus cogens* para o Direito interno”.

A posição prevalecente na extradição nº 1.362/2016, que privilegia o raciocínio dualista em relação aos costumes internacionais, poderia, em tese, ser reproduzida pelo Supremo em outras circunstâncias. Isto é, ainda que a controvérsia apresentada fosse teoricamente solucionável pelo uso de normas costumeiras comprovadamente existentes, o Supremo poderia, seguindo este precedente, exigir um procedimento de internalização. Como não são oferecidos parâmetros, é de se supor que muitos costumes jamais viriam a ser aplicados por tribunais brasileiros.

CONCLUSÃO

O presente trabalho visou compreender como o direito brasileiro internaliza e aplica costumes internacionais, buscando apreender parâmetros gerais a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, capazes de atender a demanda por sistematização, imanente a qualquer ordenamento jurídico. A hipótese de partida supunha que o ordenamento jurídico brasileiro, com exceção das regras de imunidade de jurisdição, não dispunha de parâmetros quanto a internalização de costumes internacionais ou qual a natureza jurídica interna dessas normas, prejudicando a aplicação das mesmas. No curso da pesquisa foram levantados ao todo 101 acórdãos e 129 decisões monocráticas atinentes ao tema, cuja análise aprofundada confirmou apenas parcialmente a hipótese de partida.

De fato, a jurisprudência do STF não é expressa no reconhecimento de parâmetros aptos a sistematizar a relação dos costumes internacionais com o direito brasileiro. Até mesmo os fundamentos reiteradamente adotados nas decisões que aplicam a norma consuetudinária da imunidade de jurisdição não estão consignados de forma consciente, pelo qual não é simples sua reprodução em outras matérias. Além disso, não há nada tão robusto quanto as regras consolidadas no Tribunal sobre internalização e aplicação de tratados internacionais, representadas em especial no RE 80.004/77 e no RE 466.343/08, amplamente debatidos na academia. Ainda que possam ser controversas, as regras de internalização e aplicação de tratados internacionais no direito brasileiro estão arranjadas de modo sistemático, dotadas de generalidade. Nada disso é possível para a disciplina da relação dos costumes internacionais e o direito doméstico brasileiro. Entretanto, a pesquisa identificou importantes possibilidades latentes, potenciais caminhos a serem trilhados.

Na jurisprudência do STF, há dois pontos em que o Tribunal mais se imiscui com costumes internacionais. São os pontos correspondentes ao capítulo 2 e capítulo 3 do presente trabalho, respectivamente, os julgados sobre imunidade de jurisdição e as extradições. Apesar das decisões desses dois grupos não formarem um corpo interpretativo harmônico, capaz de descrever parâmetros gerais orientadores do direito brasileiro, elas apontam as perspectivas melhor

fundamentadas para o problema da internalização, sob a ótica monista ou dualista. Ademais, abordam alguns questionamentos quanto à operacionalização da prova do costume.

A única vez em que o Supremo se refere expressamente ao problema da internalização do costume internacional é durante a Extradicação nº 1.362/2016. Mesmo então, os termos “monismo” e “dualismo” só são mencionados uma vez pelo Min. Barroso, durante debate, e de forma colateral. Desse modo, é preciso antes de tudo ter em mente que o STF ainda não analisou o tema de forma concentrada, embora o problema permeie muitas de suas decisões. O aporte da clássica polêmica do monismo ou dualismo aos julgados do Tribunal é, então, fruto principalmente do cotejo das decisões com a teoria jusinternacionalista tradicional.

Sob essa ótica, com fundo na jurisprudência do STF, há dois entendimentos colidentes quanto ao problema da internalização dos costumes internacionais: um monista, oriundo da firme jurisprudência que reconhece a imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro e entende vigente no brasileiro a regra costumeira da imunidade relativa sem nunca ter exigido nenhum ato interno de recepção, e outro dualista, inscrito no solitário, mas emblemático, acórdão da Extradicação nº 1.362/2016, que deixou de aplicar norma de *jus cogens* pela ausência de processo de internalização.

Desse quadro, surgem perguntas quanto às respectivas consequências normativas de cada corrente, sua compatibilidade e aplicabilidade no direito brasileiro e, mais importante, se seria possível conciliá-las ou seriam realmente uma contradição completa. Neste momento conclusivo do trabalho, cada uma dessas perguntas será abordada, com vistas a identificar, com base na jurisprudência do STF desde 1988, se o direito brasileiro dispõe de parâmetros para regular a internalização de costumes internacionais.

Conforme apresentado, o STF aplica rotineiramente a norma consuetudinária da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, e o faz com tanto hábito e solidez que são muitas as decisões monocráticas que extinguem ações ajuizadas face Estados estrangeiros com fulcro na higidez da jurisprudência. É certo que, se o Supremo reconhece a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro sem norma interna ou convencional aplicável, é porque o faz com fundamento em

norma internacional costumeira. E nas numerosas vezes que o faz, não exige nenhum ato interno que tenha internalizado tal costume. Pouco importa que os votos não explicitem essa dispensa, basta que dispensem.

Realmente, pelos julgados do Tribunal em matéria de imunidade de jurisdição, basta que se reconheça a vigência internacional da norma para que, *ipso facto*, esta tenha vigência interna. Se essa regra não fosse vigente no direito brasileiro, o Supremo não poderia aplicá-la para afastar a jurisdição doméstica. Como a aplica, é porque a regra vige internamente. O advento da imunidade relativa de jurisdição, que tem como marco inicial o caso Genny de Oliveira, apenas corrobora e esta posição. No caso, o voto condutor, proferido pelo Min. Rezek, não aponta nenhuma causa interna que previna a imunidade de jurisdição para atos de gestão, mas uma transformação no quadro normativo internacional, que teria criado exceções à regra geral.

O caso Genny de Oliveira, então, é um expoente da correlação imediata entre vigência internacional e doméstica, pois aplica justamente um costume até então inédito. Se fosse necessário um ato interno específico para internalizar a norma, o Supremo não poderia ter reconhecido norma internacional até então inédita no direito brasileiro, como fez. Ao analisar o acervo probatório e concluir pela existência de nova regra de direito internacional costumeiro, aplicando-a ao caso concreto, também a reconheceu, implicitamente, no direito brasileiro. Conceitualmente, é possível classificar esta corrente como monista, ou seja, o direito brasileiro e as normas internacionais consuetudinárias estariam dentro do mesmo sistema normativo.

Para além disso, a ideia de correlação automática entre vigência internacional e interna não guarda nenhuma relação intrínseca ou específica com a imunidade de jurisdição. Quer dizer, este seria um parâmetro abstrato o suficiente para cobrir uma gama mais geral de costumes internacionais. Nesse sentido, aproximando-se à doutrina da incorporação do direito anglo-saxão¹²⁶, seria possível afirmar que o direito das gentes é parte do direito brasileiro.

¹²⁶ A doutrina é melhor explicada no item 1.1.3 (“A incorporação de costumes internacionais”) do trabalho.

A aplicação deste parâmetro se daria na forma havida em algumas das decisões mais densas em matéria de imunidade de jurisdição¹²⁷, ou seja, mediante análise probatória dos elementos material e subjetivo que compõe o costume internacional. Ressalte-se que o próprio STF deteria poder para, de ofício, realizar esse levantamento e incursão probatória, pois, nos casos citados, nunca o fez mediante requerimento. Em se atestando a presença dos dois elementos, o costume internacional é reconhecido simultaneamente no direito internacional e no direito brasileiro.

Esse expediente não soluciona todos os problemas derivados da relação entre costume internacional e direito brasileiro, pois não responde dúvidas quanto a eventuais antinomias entre o costume internacional reconhecido e normas domésticas. Para esse problema, que diz respeito à natureza jurídica do costume frente o ordenamento jurídico brasileiro, a posição monista derivada da jurisprudência do STF em matéria de imunidade de jurisdição não tem resposta, até porque não foi confrontada por ele.

Radicalmente do outro lado, a extradição nº 1.362/2016 surge como grande representante da necessidade de internalização de costumes internacionais para que tenham vigência interna no direito brasileiro. O relator para acórdão, Min. Teori Zavascki, foi bem claro tanto no voto quanto em suas intervenções nos debates: seria irrelevante, para o direito brasileiro, que exista norma de *jus cogens* estabelecendo a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. O que importaria mesmo é se essa norma de *jus cogens* foi internalizada no direito brasileiro. Como se constatou, no caso concreto, que não havia sido internalizado essa norma consuetudinária, o crime estava prescrito no direito brasileiro. Nas palavras do Min. Zavascki, “*ainda que houvesse norma de direito internacional de caráter cogente (...), tal norma não encontraria aplicabilidade no Brasil, porquanto ainda não reproduzida no direito brasileiro*”.

Nesse caso, também não há nada em particular que atrele a exigência de internalização ao costume internacional que estava sendo debatido no caso concreto. Na realidade, seria de se esperar que, em se tratando de norma de *jus cogens*, as restrições para recepção ou aplicação fossem até menores, tendo em vista se tratarem de normas hierarquicamente superiores no direito

¹²⁷ Além do caso Genny de Oliveira, destacam-se o AgR em AI nº 139.671/1995 e o RE 222.368/2002.

internacional. Em se exigindo internalização até mesmo diante de norma de *jus cogens*, é o caso de se exigir internalização para qualquer outra norma internacional consuetudinária. Esse é o parâmetro oferecido pelo STF na paradigmática extradição nº 1.362/2016.

Tal perspectiva dualista, entretanto, não responde satisfatoriamente qual seria o meio de internalização. Por se estar diante de costume internacional, o rito brasileiro de internalização de tratados não faz sentido algum. Tampouco os dispositivos constitucionais usados para orientar a internalização de tratados parecem adequados, vez que costumes não são “atos internacionais”, de modo que é difícil até mesmo determinar quem deteria competência para efetuar uma internalização dessa natureza. Pela praticidade, o mais provável é que a internalização se desse por meio de lei, o que, a seu turno, também ensejaria muitas dúvidas.

Como se disse, não se imagina quem deteria iniciativa para propor essa lei de internalização de costume. Ademais, não se sabe se essa lei seria ordinária ou complementar, e nem se sua confecção exigiria participação do poder executivo. E, finalmente, após sua entrada em vigor, sua natureza frente outras normas do ordenamento seria confusa, pois seria materialmente um costume, mas com forma de lei. Em suma, o acórdão comentado exigiu internalização antes de aplicar a norma de *jus cogens*, porém não se ocupou de responder como se daria esse procedimento.

A necessidade de comprovação do costume não se mostrou uma preocupação no acórdão da extradição nº 1.362/2016. Esta seria apenas secundária em relação à imprescindibilidade do procedimento de internalização. Como esse estava ausente, seria irrelevante determinar se a norma costumeira existia ou não no direito internacional.

É evidente a contradição entre a rota monista e a dualista. Não se pode conciliar a dispensa de internalização com a exigência de internalização. Observa-se que a coexistência de posições antagônicas no STF decorre exatamente da ausência de sistematização teórica e dogmática sobre a relação entre costumes internacionais e o direito brasileiro. A exigência da coesão, inata a qualquer ordenamento jurídico, demanda que apenas um desses parâmetros seja válido no direito brasileiro. Ao que tudo indica, o parâmetro prevalente é o de orientação monista.

A jurisprudência em matéria de imunidade de jurisdição pode até soar errática em seus fundamentos explícitos, mas é bastante sólida e coerente em seu reconhecimento e aplicação da regra internacional costumeira. São dezenas de acórdãos e decisões monocráticas decidindo sempre conforme a norma internacional consuetudinária que se entende aplicável, com raríssimas divergências. É possível que a explicação prática para essa estabilidade esteja no fato de que o Supremo já reconhece a imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros há décadas, desde muito antes do marco temporal inicial desta pesquisa.

O núcleo da jurisprudência simplesmente se manteve, absorvendo com o caso Genny de Oliveira a relativização da imunidade para atos de gestão, tese amplamente reproduzida no Tribunal. O outro lado da moeda, a reafirmação da imunidade absoluta para atos de império, deve se consolidar com o desfecho dos casos do afundamento do navio Changri-lá. A corrente dualista, que pugna pela necessidade de internalização, não dispõe de tamanha estabilidade. Em verdade, apesar da extradição nº 1.362/2016 merecer a alcunha de paradigma, não está rodeada de jurisprudência confluyente. Uma única decisão, por mais contundente que seja, não faz jurisprudência. Ademais, relembre-se que o acórdão foi decidido numa votação de 6 a 5, em que os fundamentos dos vencedores não foram em todo coincidentes.

Ainda, não há mais nenhum julgado no Supremo Tribunal Federal que desabone a tese geral monista de dispensabilidade de internalização de costumes internacionais. O Tribunal não aborda os costumes de forma precisa o suficiente para tanto. Os próprios acórdãos das extradições indicam uma pré-disposição a acatar a dimensão consuetudinária do direito internacional.

A verdade é que o direito brasileiro dispõe de parâmetros para a recepção de costumes internacionais, mas não sabe disso. Como se disse, o Supremo nunca expressou diretamente que não era necessário internalizar a regra costumeira da imunidade de jurisdição para dar-lhe aplicabilidade no direito interno, porém é o que sempre fez. Este deveria ser o ponto de partida para outras discussões mais complexas, como a solução de eventuais conflitos com normas

internas, a figura do objeto persistente, a aplicação de costumes ao qual o Brasil não se vincula internacionalmente, a extensão da regra aos costumes regionais ou locais, e tantas outras.

O próprio Tribunal, em mais de uma ocasião, investigou e declarou a existência de costumes internacionais, com base em legislações e decisões judiciais estrangeiras, tratados e declarações internacionais e até jurisprudência internacional. Bastaria articular essa atuação com a desnecessidade de internalização para enriquecer, e até mesmo alterar o curso de alguns julgados. O próprio quinteto de agravos regimentais em ação cível originária que consignou a imunidade absoluta de execução dos Estados estrangeiros é exemplo disso¹²⁸. Se o argumento utilizado para viabilizar a execução de bens de Estados estrangeiros desprovidos de oficialidade tivesse sido mais claramente fundado no costume internacional e na desnecessidade de internalização, talvez a posição tivesse prevalecido. Quiçá até mesmo a extradição nº 1.362/2016 pudesse ter sido diferente se os vencidos houvessem invocado, nesse sentido, os precedentes de imunidade de jurisdição.

Em conclusão, a hipótese inicial do trabalho, que imaginava que o ordenamento jurídico brasileiro não possuiria regras de internalização, nem atribuiria natureza jurídica às normas internacionais costumeiras, salvo as relativas à imunidade de jurisdição, não foi exatamente verificada, mas não estava de todo errada. De fato, apenas na jurisprudência do STF relativa à imunidade de jurisdição foram encontrados parâmetros quanto à internalização de costumes internacionais. Contudo, esses parâmetros são dotados de abstração suficiente para figurarem como verdadeiras regras do direito brasileiro, extensíveis a outros costumes.

Tão logo reconhecida a vigência de um costume no direito internacional (cuja análise probatória pode ser feita pelo judiciário), esse costume passa a vigor no direito brasileiro. Essa é a posição que se pode depreender do conjunto da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em que pese ele próprio não a expresse de forma literal.

¹²⁸ Tratam-se dos AgR em ACO nº 543/2006, 633/2007, 645/2007, 670/2007 e 675/2007, debatidos no item 2.2.4 do trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BENJAMIN, Daniela. **A Aplicação de Atos de Organizações Internacionais no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Brasília: FUNAG, 2014.

BIANCHI, Luis Eduardo Cerqueira. Aplicação das sentenças das Cortes Internacionais no Brasil. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 18, n. 32, p. 115 - 134, 2011.

BURGENTHAL, Thomas. Self-executing and non-self executing treaties in national and international law. **Recueil de Cours de L'Académie de Droit International**, v. 235, [S.n], p. 303-400, 1992.

CASSESE, Antonio. **The Human Dimension of International Law: Selected Papers**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

COIMBRA, Elisa Mara. **Interação entre as ordens jurídicas interna e internacional: um estudo de caso da implementação das decisões a Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

CRAWFORD, James. **Brownlie's Principles of Public International Law**. 8ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DOLINGER, Jacob. As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os conflitos entre Direito Interno e Direito Internacional: um Exercício de Ecletismo. **Revista Forense**, v. 92, n. 334, p. 71-107, abr./jun.,1996.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. The Interaction between International and Domestic Legal Orders: Framing the Debate according to the Post-Modern Condition of International Law. **German Law Journal**, v. 19, n.1, p. 1-20, 2018.

GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

KELSEN, Hans. **Les Rapports de système entre le droit interne et le droit international public**. Recueil de Cours de L'Académie de Droit International, tomo 14, 1926.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KLEINLEIN, Thomas. Customary International Law and General Principles: Rethinking Their Relationship. In : LEPARD, Brian D. **Reexamining Customary International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 131-161.

LAUTERPACHT, Hersch. Is International Law a Part of the Law of England? **Transactions of the Grotius Society**, Problems of Peace and War, Papers Read before the Society in the Year 1939, v. 25, [S.n], p. 51-88, 1939.

LEPARD, Brian D. **Customary International Law: A New Theory with Practical Applications**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. **Os Métodos no Direito Internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2007.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. O Brasil é Dualista? Anotações sobre a vigência de normas internacionais no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 46, n. 184, p. 29-46, out./dez. 2009.

MACCORMICK, Neil. **Rethoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning**, Oxford: Oxford University Press, 2005.

MACEDO, Paulo Emílio Borges de; PINTO, Paulo Edvandro Costa. Monismo e Dualismo além dos tratados. **Quaestio Iuris**, v.4, n.1, p. 314-328, 2011.

MACEDO, Paulo Emílio Borges de; PONTES, Jean Rodrigo Ribeiro de. Hans Kelsen e a prevalência do direito internacional: um lugar para a *grundnorm*. In: XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFS. **Direito Internacional**. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito UFS, 2015. p. 331- 347.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A Opção do Judiciário Brasileiro em Face dos Conflitos Entre Tratados Internacionais e Leis Internas. **Revista CEJ**, v. 5, n. 14, maio/ago., 2001.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MENEZES, Wagner. International Law In Brazil. *In: Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, ano 103, v. 103, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 125-130.

O'KEEFE, Roger. The Doctrine of Incorporation Revisited. *British Yearbook of International Law*, v.79, n. 1, p. 7-85, 2008.

O'KEEFE, Roger. Universal Jurisdiction: clarifying the basic concept. *Journal of International Criminal Justice*, v. 2, n.3, p. 735-760, 2004.

PELLET, Alain. Article 38. *In: The Statute of the International Court of Justice: a Commentary*. 2^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

PEREIRA, Luis Cezar Ramos. **Costume Internacional: Gênese do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEROTTI, Alejandro Daniel. **Habilitación constitucional para la integración comunitaria**. Tomo I: Brasil y Paraguay. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer Uruguay, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRADO, Wagner Junqueira. A hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil. *Prismas: Direito Políticas Públicas e Mundialização*, v. 7, n.1, p. 223-259, jan./jun. 2010.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 15^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

REZEK, Francisco. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 41, n. 162, p. 121-148, abr./jun. 2004.

ROCHA, Sérgio André. **Tributação Internacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

SHAWN, Malcon. **International Law**. 6^a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

SPIERMANN, Ole. The History of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice: 'A Purely Platonic Discussion'? *In: BESSON, Samantha; D' ASPREMONT, Jean. The Oxford Handbook of the Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

TRINDADE, Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**, v. 3, 2^a ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

TRIPPEL, Carl H. **Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International**. Recueil de Cours de L'Académie de Droit International, tomo I, 1925.

WEBLEY, Lisa. Qualitative Approaches to Empirical Legal Research. In : CANE, Peter; KRITZER, Hebert M. **The Oxford Handbook of Empirical Legal Research**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 927-950.

XIADONG, Yang. **State Immunity in International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

YNTEMA, Hessel E. The Comity Doctrine. **Michigan Law Review**, v. 65, n. 1, p. 9-32, 1996.

ANEXO I

Classe	Número	Ano	Data do Julgamento	Indexador Principal	Indexadores Complementares	Monocrática/Colegiada
AC	9.703	1988	28/09/1988	Imunidade de Jurisdição	Imunidade Relativa Organização Internacional	Colegiada
RE	107.562	1989	14/02/1989	Personalidade Jurídica Internacional		Colegiada
AC	9.696	1989	31/05/1989	Imunidade de Jurisdição	Análise dos Elementos do Costume Imunidade Relativa	Colegiada
Ext	478	1989	13/12/1989	Sistema de Contenciosidade Limitada		Colegiada
Ext	524	1990	31/10/1990	Asilo Político/Refúgio	Crime Político Sistema de Contenciosidade Limitada	Colegiada
Edv em RE	107.562	1991	06/11/1991	Personalidade Jurídica Internacional		Colegiada
Ext	541	1991	07/11/1991	Sistema de Contenciosidade Limitada		Colegiada
RE	133.489	1991	03/12/1991	Análise dos Elementos do Costume		Colegiada
Ext	542	1992	13/02/1992	Soberania	Sistema de Contenciosidade Limitada	Colegiada
Ext	571	1993	16/06/1993	Soberania	Sistema de Contenciosidade Limitada	Colegiada
Ext	595	1993	12/12/1993	Jurisdição	Jurisdição Universal	Colegiada
HC	73.389	1994	23/06/1994	Declarações Internacionais		Colegiada
AgR em AI	139.671	1995	20/06/1995	Imunidade de Jurisdição	Imunidade Relativa	Colegiada
Ext-QO	662	1996	12/02/1996	Sistema de Contenciosidade Limitada	Soberania	Colegiada
Ext	645	1996	19/06/1996	Sistema de Contenciosidade Limitada	Análise dos Elementos do Costume Declarações Internacionais Sistema de Contenciosidade Limitada Soberania	Colegiada
Ext	662	1996	28/11/1996	Sistema de Contenciosidade Limitada	Soberania	Colegiada
Ext	700	1998	04/03/1998	Crime Político	Soberania	Colegiada
ACO	527	1998	23/03/1998	Imunidade de Jurisdição		Monocrática
ACO	522	1998	15/06/1998	Imunidade de Jurisdição		Monocrática
AgR em CR	8.279	1998	17/06/1998	Art. 4º		Colegiada
AgR em ACO	522	1998	16/09/1998	Imunidade de Jurisdição		Colegiada
AgR em ACO	527	1998	30/09/1998	Imunidade de Jurisdição		Colegiada
ACO	543	2000	15/02/2000	Imunidade de Jurisdição		Monocrática
SEC	5.778	2000	12/05/2000	Soberania	Análise dos Elementos do Costume Imunidade Relativa Soberania	Colegiada
ACO	575	2000	01/08/2000	Imunidade de Jurisdição		Monocrática
CR	9.697	2001	24/04/2001	Imunidade de Jurisdição		Monocrática

Ext-QO	785	2001	13/09/2001	Asilo Político/Refúgio	Análise dos Elementos do Costume Art. 4º Soberania	Colegiada
ADI	1.600	2001	26/11/2001	Personalidade Jurídica Internacional		Colegiada
Pet	2.537	2001	26/11/2001	Imunidade de Jurisdição		Colegiada
Ext	783	2001	28/11/2001	Crime Político	Análise dos Elementos do Costume Art. 4º Declarações Internacionais	Colegiada
Ext	794	2001	17/12/2001	Crime Político	Análise dos Elementos do Costume Asilo Político/Refúgio	Colegiada
RE	222.368-4	2002	28/02/2002	Imunidade de Jurisdição	Análise dos Elementos do Costume Imunidade Relativa Soberania	Monocrática
ED em Ext	816	2002	21/03/2002	Soberania		Colegiada
AgR em RE	222.368	2002	30/04/2002	Imunidade de Jurisdição	Análise dos Elementos do Costume Imunidade Relativa Soberania	Colegiada
HC	81.158	2002	14/05/2002	Imunidade de Jurisdição	Declarações Internacionais	Colegiada
ACO	524	2002	14/08/2002	Imunidade de Jurisdição		Monocrática
Ext	811	2002	04/09/2002	Sistema de Contenciosidade Limitada		Colegiada
Ext	883	2002	18/09/2002	Sistema de Contenciosidade Limitada		Colegiada
AgR em ACO	634	2002	25/09/2002	Imunidade de Jurisdição		Colegiada
ACO	638	2002	04/10/2002	Imunidade de Jurisdição		Monocrática
ACO	633	2002	22/10/2002	Imunidade de Jurisdição		Monocrática
Ext	853	2002	19/12/2002	Crime Político	Art. 4º Sistema de Contenciosidade Limitada Soberania	Colegiada
ACO	696	2003	02/02/2003	Imunidade de Jurisdição		Monocrática
ACO	645	2003	10/03/2003	Imunidade de Jurisdição		Monocrática
AgR em ACO	524	2003	26/03/2003	Imunidade de Jurisdição		Colegiada
ACO	675	2003	20/08/2003	Imunidade de Jurisdição		Monocrática
ACO	670	2003	20/08/2003	Imunidade de Jurisdição		Monocrática
ACO	670	2003	28/08/2003	Imunidade de Jurisdição		Monocrática
HC	82.424	2003	17/09/2003	Análise dos Elementos do Costume	Art. 4º Declarações Internacionais	Colegiada
ACO	674	2003	14/10/2003	Imunidade de Jurisdição		Monocrática
ACO	677	2003	19/11/2003	Imunidade de Jurisdição		Monocrática
ACO	698	2004	10/02/2004	Imunidade de Jurisdição		Monocrática

AI em AgR	468.498	2004	16/03/2004	Imunidade de Jurisdição		Colegiada
ACO	706	2004	29/03/2004	Imunidade de Jurisdição		Monocrática
AI	438.504	2004	20/04/2004	Imunidade de Jurisdição		Monocrática
HC	83.450	2004	26/08/2004	Análise dos Elementos do Costume		Colegiada
Ext	855	2004	28/08/2004	Art. 4º	Declarações Internacionais Soberania	Colegiada
Ext	955	2004	17/12/2004	Soberania		Monocrática
Rcl	2.937	2005	01/01/2005	Personalidade Jurídica Internacional		Colegiada
ACO	691	2005	04/08/2005	Imunidade de Jurisdição		Monocrática
AC	1.069	2005	28/12/2005	Imunidade de Jurisdição	Imunidade de Execução	Monocrática
RE	351.487	2006	03/08/2006	Análise dos Elementos do Costume	Art. 4º Declarações Internacionais Análise dos Elementos do Costume	Colegiada
AgR em ACO	543	2006	30/08/2006	Imunidade de Jurisdição	Art. 4º Imunidade de Execução Imunidade Relativa Soberania	Colegiada
Ext	1.008	2007	21/03/2007	Asilo Político/Refúgio	Análise dos Elementos do Costume Art. 4º Declarações Internacionais Análise dos Elementos do Costume Art. 4º	Colegiada
AgR em ACO	633	2007	11/04/2007	Imunidade de Jurisdição	Imunidade de Execução Imunidade Relativa Soberania	Colegiada
AgR em ACO	645	2007	11/04/2007	Imunidade de Jurisdição	Análise dos Elementos do Costume Art. 4º Imunidade de Execução Imunidade Relativa Soberania	Colegiada
AgR em ACO	670	2007	11/04/2007	Imunidade de Jurisdição	Análise dos Elementos do Costume Art. 4º Imunidade de Execução Imunidade Relativa Soberania	Colegiada

AgR em ACO	675	2007	11/04/2007	Imunidade de Jurisdição	Análise dos Elementos do Costume Art. 4º Imunidade de Execução Imunidade Relativa Soberania	Colegiada
RE	503.115	2008	31/03/2008	Imunidade de Jurisdição	Imunidade de Execução	Monocrática
AI	688.283	2008	11/09/2008	Imunidade de Jurisdição	Imunidade de Execução	Monocrática
AI	581.736	2008	31/10/2008	Imunidade de Jurisdição	Imunidade de Execução	Monocrática
RE	466.343	2008	03/12/2008	Declarações Internacionais	Art. 4º	Colegiada
Pet	3.388	2009	19/03/2009	Análise dos Elementos do Costume	Declarações Internacionais Personalidade Jurídica Internacional Soberania	Colegiada
Ext	1.122	2009	21/05/2009	Jurisdição	Declarações Internacionais Jurisdição Extraterritorial	Colegiada
Pet	4.625	2009	17/07/2009	Art. 4º		Monocrática
AC	2.436	2009	03/09/2009	Menção Expressa a "Costume"		Colegiada
Ext	1.171	2009	19/11/2009	Sistema de Contenciosidade Limitada	Declarações Internacionais	Colegiada
ACO	1446	2009	24/11/2009	Imunidade de Jurisdição	Imunidade de Execução	Monocrática
Ext	1.085	2009	16/12/2009	Asilo Político/Refúgio	Art. 4º Crime Político Declarações Internacionais Sistema de Contenciosidade Limitada Soberania	Colegiada
HC	102.041	2010	20/04/2010	Jurisdição	Soberania	Colegiada
ACO	1450	2010	26/04/2010	Imunidade de Jurisdição	Imunidade de Execução	Monocrática
AI	790.456	2010	30/04/2010	Imunidade de Jurisdição	Ato de Império	Monocrática
AgR em AI	803.827	2010	19/10/2010	Imunidade de Jurisdição	Ato de Império	Colegiada
AI	597.817	2011	18/02/2011	Imunidade de Jurisdição	Imunidade de Execução	Monocrática
Ext	1.151	2011	17/03/2011	Jurisdição	Jurisdição Universal	Colegiada
Rel	11.243	2011	08/06/2011	Análise dos Elementos do Costume	Art. 4º Jus Cogens Menção Expressa a "Costume" Sistema de Contenciosidade Limitada Soberania	Colegiada

PET-AV em Ext	1.085	2011	08/06/2011	Análise dos Elementos do Costume	Art. 4º Jus Cogens Menção Expressa a "Costume" Sistema de Contenciosidade Limitada Soberania	Colegiada
AgR em RE	477.554	2011	16/08/2011	Declarações Internacionais		Colegiada
Rcl	2.937	2011	15/12/2011	Soberania		Colegiada
MS	30.894	2012	08/05/2012	Jus Cogens		Colegiada
ACO	800	2012	27/08/2012	Imunidade de Jurisdição	Imunidade de Execução	Monocrática
Ext	1.278	2012	18/09/2012	Crime Contra Humanidade		Colegiada
Ext	1.064	2012	18/12/2012	Sistema de Contenciosidade Limitada		Colegiada
ARE	678.785	2013	26/02/2013	Imunidade de Jurisdição	Imunidade de Execução	Monocrática
RE	578.543	2013	15/05/2013	Análise dos Elementos do Costume	Art. 4º Declarações Internacionais Imunidade de Jurisdição Organização Internacional Soberania	Colegiada
RE	597.368	2013	15/05/2013	Análise dos Elementos do Costume	Art. 4º Declarações Internacionais Imunidade de Jurisdição Organização Internacional Soberania	Colegiada
AgR em AI	790.456	2013	21/05/2013	Imunidade de Jurisdição	Ato de Império	Colegiada
AI	743.826	2013	22/05/2013	Imunidade de Jurisdição	Imunidade de Execução	Monocrática
Ext	1.300	2013	11/06/2013	Jurisdição	Jurisdição Extraterritorial Sistema de Contenciosidade Limitada	Colegiada
Ext-QO	1.224	2013	06/08/2013	Soberania		Colegiada
ACO	709	2013	26/08/2013	Imunidade de Jurisdição	Imunidade de Execução Imunidade Relativa	Monocrática
ACO	526	2013	28/08/2013	Imunidade de Jurisdição	Imunidade de Execução Imunidade Relativa	Monocrática
Ext	1.302	2013	17/12/2013	Sistema de Contenciosidade Limitada		Colegiada
ARE	739.032	2014	01/04/2014	Imunidade de Jurisdição		Monocrática
AgR em ARE	793.676	2014	24/04/2014	Imunidade de Jurisdição	Ato de Império	Monocrática
AgR em ARE	793.676	2014	03/06/2014	Imunidade de Jurisdição	Ato de Império	Colegiada
ARE	665.050	2014	16/06/2014	Imunidade de Jurisdição	Imunidade de Execução	Monocrática
ARE	837.265	2014	19/09/2014	Imunidade de Jurisdição	Ato de Império	Monocrática
AgR em ARE	837.265	2014	28/10/2014	Imunidade de Jurisdição	Ato de Império	Colegiada

RE	803.804	2014	28/10/2014	Imunidade de Jurisdição	Imunidade de Execução	Monocrática
ARE	853.885	2014	15/12/2014	Imunidade de Jurisdição	Ato de Império	Monocrática
PPE-QO	730	2014	16/12/2014	Análise dos Elementos do Costume	Art. 4º	Colegiada
HC	126.107	2015	08/01/2015	Declarações Internacionais		Colegiada
RE	509.857	2015	23/02/2015	Imunidade de Jurisdição	Ato de Império	Monocrática
AgR em ARE	853.885	2015	24/02/2015	Imunidade de Jurisdição	Ato de Império	Colegiada
HC	120.818	2014	12/02/2014	Menção Expressa a "Costume"		Colegiada
ARE	880.298	2015	09/04/2015	Imunidade de Jurisdição	Ato de Império	Monocrática
ARE	853.335	2015	05/06/2015	Imunidade de Jurisdição	Ato de Império	Monocrática
AgR em ARE	880.298	2015	04/08/2015	Imunidade de Jurisdição	Ato de Império	Colegiada
Ext	1.375	2015	25/08/2015	Jurisdição		Colegiada
RE	803.804	2015	23/09/2015	Imunidade de Jurisdição	Imunidade de Execução	Monocrática
Ext	1.405	2015	20/10/2015	Sistema de Contenciosidade Limitada		Colegiada
Ext	1.388	2015	03/11/2015	Sistema de Contenciosidade Limitada		Colegiada
AgR em PPE	760	2015	10/11/2015	Art. 4º	Sistema de Contenciosidade Limitada	Colegiada
ARE	932.596	2016	04/02/2016	Imunidade de Jurisdição	Organização Internacional	Monocrática
ADI	5.296	2016	18/05/2016	Declarações Internacionais		Colegiada
RE	627.189	2016	08/06/2016	Análise dos Elementos do Costume	Declarações Internacionais	Colegiada
HC	135.564	2016	29/06/2016	Declarações Internacionais		Colegiada
HC	135.612	2016	16/07/2016	Declarações Internacionais		Monocrática
HC	135.912	2016	28/07/2016	Declarações Internacionais		Monocrática
ARE	953.656	2016	30/08/2016	Imunidade de Jurisdição	Análise dos Elementos do Costume Ato de Império Soberania	Monocrática
Ext	1.299	2013	10/09/2016	Crime Contra Humanidade		Colegiada
Ext	1.461	2016	04/10/2016	Análise dos Elementos do Costume		Colegiada
Ext	1.362	2016	09/11/2016	Jus Cogens	Art. 4º Crime Contra Humanidade Declarações Internacionais Jurisdição Extraterritorial Menção Expressa a "Costume" Soberania	Colegiada
Ext	1.435	2016	29/11/2016	Sistema de Contenciosidade Limitada	Soberania	Colegiada
RO em HC	134.682	2016	29/11/2016	Art. 4º		Colegiada
RE	835.558	2017	09/02/2017	Análise dos Elementos do Costume	Declarações Internacionais	Colegiada
RE	580.252	2017	16/02/2017	Declarações Internacionais		Colegiada

RG em ARE	954.858 (Tema 944)	2017	11/05/2017	Imunidade de Jurisdição	Art. 4º Ato de Império Soberania	Colegiada
RG em RE	1.034.840	2017	02/06/2017	Imunidade de Jurisdição		Colegiada
HC	137.063	2017	12/07/2017	Jus Cogens		Monocrática
HC	148.144	2017	29/07/2017	Jus Cogens		Monocrática
HC	147.220	2017	29/09/2017	Jus Cogens		Monocrática
HC	147.376	2017	29/09/2017	Jus Cogens		Monocrática
HC	147.688	2017	29/09/2017	Jus Cogens		Monocrática
HC	148.525	2017	10/10/2017	Jus Cogens		Monocrática
HC	148.569	2017	10/10/2017	Jus Cogens		Monocrática
HC	147.427	2017	11/10/2017	Jus Cogens		Monocrática
HC	136.644	2017	18/10/2017	Jus Cogens		Monocrática
HC	148.291	2017	18/10/2017	Jus Cogens		Monocrática
HC	148.524	2017	18/10/2017	Jus Cogens		Monocrática
HC	149.414	2017	24/10/2017	Jus Cogens		Monocrática
HC	147.563	2017	25/10/2017	Jus Cogens		Monocrática
HC	148.223	2017	25/10/2017	Jus Cogens		Monocrática
HC	140.217	2017	14/11/2017	Jus Cogens		Monocrática
HC	147.494	2017	14/11/2017	Jus Cogens		Monocrática
HC	149.344	2017	14/11/2017	Jus Cogens		Monocrática
HC	148.375	2017	27/11/2017	Jus Cogens		Monocrática
HC	148.891	2017	27/11/2017	Jus Cogens		Monocrática
Ext	1.511	2017	05/12/2017	Jurisdição	Sistema de Contenciosidade Limitada	Colegiada
HC	149.245	2017	18/12/2017	Jus Cogens		Monocrática
HC	150.924	2017	18/12/2017	Jus Cogens		Monocrática
HC	150.955	2017	18/12/2017	Jus Cogens		Monocrática
HC	150.113	2017	19/12/2017	Jus Cogens		Monocrática
HC	150.010	2018	01/02/2018	Jus Cogens		Monocrática
HC	150.679	2018	01/02/2018	Jus Cogens		Monocrática
HC	150.837	2018	06/02/2018	Jus Cogens		Monocrática
HC	144.975	2018	20/02/2018	Jus Cogens		Monocrática
ADC	42	2018	28/02/2018	Análise dos Elementos do Costume	Declarações Internacionais	Colegiada
ADI	4.275	2018	10/03/2018	Análise dos Elementos do Costume	Art. 4º Declarações Internacionais	Colegiada
HC	152.601	2018	13/03/2018	Jus Cogens		Monocrática
HC	151.430	2018	14/03/2018	Jus Cogens		Monocrática
HC	153.468	2018	14/03/2018	Jus Cogens		Monocrática

HC	153.820	2018	18/03/2018	Jus Cogens		Monocrática
HC	144.293	2018	19/03/2018	Jus Cogens		Monocrática
HC	152.919	2018	20/03/2018	Jus Cogens		Monocrática
HC	152.752	2018	04/04/2018	Jus Cogens	Análise dos Elementos do Costume Declarações Internacionais	Colegiada
HC	139.382	2018	16/04/2018	Jus Cogens		Monocrática
AgR em HC	151.430	2018	23/04/2018	Jus Cogens		Monocrática
HC	152.998	2018	15/05/2018	Jus Cogens		Monocrática
HC	156.579	2018	16/05/2018	Jus Cogens		Monocrática
HC	144.717	2018	16/05/2018	Jus Cogens		Monocrática
HC	152.741	2018	22/05/2018	Jus Cogens		Monocrática
HC	154.160	2018	22/05/2018	Jus Cogens		Monocrática
HC	142.162	2018	22/05/2018	Jus Cogens		Monocrática
HC	155.303	2018	22/05/2018	Jus Cogens		Monocrática
RHC	154.189	2018	29/05/2018	Jus Cogens		Monocrática
ARE	1.125.819	2018	30/05/2018	Imunidade de Jurisdição	Imunidade Relativa Art. 4º	Monocrática
ACO	3.121	2018	06/08/2018	Análise dos Elementos do Costume	Declarações Internacionais Soberania	Monocrática
HC	157.132	2018	15/08/2018	Jus Cogens		Monocrática
HC	161.128	2018	23/08/2018	Jus Cogens		Monocrática
HC	158.754	2018	24/08/2018	Jus Cogens		Monocrática
HC	161.937	2018	06/09/2018	Jus Cogens		Monocrática
HC	175.140	2018	10/09/2018	Jus Cogens		Monocrática
HC	162.943	2018	02/10/2018	Jus Cogens		Monocrática
RHC	163.223	2018	11/10/2018	Jus Cogens		Monocrática
AgR em ARE	1.052.366	2018	24/10/2018	Imunidade de Jurisdição	Imunidade de Execução	Monocrática
HC	164.279	2018	08/11/2018	Jus Cogens		Monocrática
HC	164.697	2018	09/11/2018	Jus Cogens		Monocrática
HC	164.684	2018	28/11/2018	Jus Cogens		Monocrática
Rel	26.360	2018	30/11/2018	Jus Cogens		Monocrática
Extn em HC	152.728	2018	06/12/2018	Jus Cogens		Monocrática
Extn em Rel	26.360	2018	06/12/2018	Jus Cogens		Monocrática
HC	162.485	2018	29/12/2018	Jus Cogens		Monocrática
HC	135.951	2019	28/02/2019	Jus Cogens		Monocrática
HC	142.017	2019	28/02/2019	Jus Cogens		Monocrática
AgR em HC	167.265	2019	12/03/2019	Jus Cogens		Colegiada
HC	169.438	2019	12/04/2019	Jus Cogens		Monocrática

Ext	1.426	2019	07/05/2019	Art. 4º	Análise dos Elementos do Costume Sistema de Contenciosidade Limitada	Colegiada
Ext	1.428	2019	07/05/2019	Art. 4º	Análise dos Elementos do Costume Sistema de Contenciosidade Limitada	Colegiada
HC	169.411	2019	10/05/2019	Jus Cogens		Monocrática
Rcl	34.744	2019	10/05/2019	Jus Cogens		Monocrática
ARE	1.217.425	2019	27/06/2019	Jus Cogens		Monocrática
Ext	1.578	2019	06/08/2019	Art. 4º	Crime Político Sistema de Contenciosidade Limitada	Colegiada
ARE	1.219.387	2019	30/08/2019	Jus Cogens		Monocrática
HC	175.092	2019	02/09/2019	Jus Cogens		Monocrática
HC	175.157	2019	03/09/2019	Jus Cogens		Monocrática
HC	175.264	2019	05/09/2019	Jus Cogens		Monocrática
SL	1.248	2019	08/09/2019	Declarações Internacionais		Monocrática
HC	175.300	2019	10/09/2019	Jus Cogens		Monocrática
HC	175.027	2019	18/09/2019	Jus Cogens		Monocrática
HC	175.822	2019	24/09/2019	Jus Cogens		Monocrática
HC	176.034	2019	26/09/2019	Jus Cogens		Monocrática
HC	175.950	2019	30/09/2019	Jus Cogens		Monocrática
HC	176.158	2019	04/10/2019	Jus Cogens		Monocrática
ARE	1.112.551	2019	07/10/2019	Imunidade de Jurisdição		Monocrática
HC	176.905	2019	17/10/2019	Jus Cogens		Monocrática
ARE	1.240.931	2019	28/10/2019	Jus Cogens		Monocrática
Ext	1.442	2019	19/12/2019	Art. 4º	Análise dos Elementos do Costume Declarações Internacionais Sistema de Contenciosidade Limitada Soberania	Colegiada