

O DIREITO INTERNACIONAL E OS DIREITOS HUMANOS NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS: A MANUTENÇÃO DE UMA LÓGICA ULTRAPASSADA

Paula Wojcikiewicz Almeida

Professora de Direito Internacional com dedicação em tempo integral da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Coordenadora da Cátedra Jean Monnet da FGV Direito Rio, financiada pela Comissão Europeia. Pesquisadora do Centro de Justiça e Sociedade da FGV Direito Rio. Pesquisadora Associada do Institut de Recherche en droit international et européen de la Sorbonne (IREDIÉS). Doutora *summa cum laude* em Direito Internacional e Europeu pela École de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1. Mestre em Direito Público Internacional e Europeu pela Université de Paris XI, Faculté Jean Monnet. Pesquisadora Visitante de Pós-Doutorado no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2014. Pesquisadora do Centro de Estudos e de Pesquisas em Direito e Relações Internacionais da Academia de Direito Internacional da Haia, 2010. *E-mail*: <paula.almeida@fgv.br>.

Maria Luiza Belmiro Gomes

Estudante do 5º período de Graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. *E-mail*: <maria.belmiro@fgv.br>.

Resumo: A incorporação do direito internacional no Brasil é marcada por um desequilíbrio entre os poderes executivo e legislativo, típico de um país sob regime presidencial. Uma vez devidamente incorporados no ordenamento jurídico interno de acordo com os requisitos constitucionais, os tratados internacionais serão aplicados pelo Poder Judiciário. No entanto, não há disposição constitucional que estabeleça a posição de tratados internacionais quando confrontados com a legislação nacional. A maioria dos julgados dos tribunais superiores brasileiros relativos ao tema considera, historicamente, a posição de estrita paridade entre o direito internacional e a legislação ordinária interna. Essa prática é claramente problemática e implica a responsabilidade internacional do Estado, exceto em casos envolvendo direitos humanos, entre outros. Em função da reforma constitucional de 2004, os tratados de direitos humanos aprovados de acordo com um quórum específico podem ter posição diferenciada em relação a outros tratados de direito internacional geral. A referida emenda deixa margem para ambiguidade, tendo sido aplicada de forma questionável pelo Poder Judiciário pátrio. Considerando esse contexto, a pesquisa atual pretende avaliar os desafios atuais em relação à aplicação do direito internacional pelos tribunais nacionais brasileiros.

Palavras-chave: Incorporação. Brasil. Tratados internacionais. Aplicação. Tratados de direitos humanos.

Sumário: 1 Introdução – 2 O *treaty-making power* na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – 3 A posição do direito internacional *versus* legislação infraconstitucional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – 4 A posição do direito internacional *versus* legislação constitucional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – 5 Considerações finais – Referências

1 Introdução

O artigo 84, VIII, primeira parte da Constituição brasileira determina que compete “privativamente” ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, bem como manter relações com Estados estrangeiros. Classicamente, a negociação de tratados internacionais é de responsabilidade do Presidente da República, dotado de uma competência privativa para negociá-los e ratificá-los. Não obstante, a doutrina brasileira segue a prática internacional ao admitir que o presidente possa designar outros representantes capazes de obrigar o Estado internacionalmente.¹ A concessão de poderes para negociar e celebrar tratados no Brasil é regulamentada pelo Decreto nº 5.979, de 06 de dezembro de 2006, que aprova a estrutura regulamentar e o quadro demonstrativo das posições em comissão e das funções atribuídas ao Ministério das Relações Exteriores.² Por consequência, cabe a este último, como órgão auxiliar do Presidente da República, a competência para estabelecer negociações diplomáticas que resultarão em acordos internacionais.³

Resta saber se os acordos negociados pelo Poder Executivo devem ser submetidos à aprovação do Poder Legislativo brasileiro, conforme o texto da Constituição de 1988. Durante as revisões constitucionais, os internacionalistas brasileiros divergiram quanto à exigência de uma intervenção legislativa para qualquer tratado internacional assinado pelos representantes do país.⁴ As origens desse discurso remontam à entrada em vigor da Constituição de 1946, com o artigo do jurista brasileiro Hildebrando Accioly, antigo Conselheiro Jurídico do

¹ A hipótese de delegação dos poderes para plenipotenciários encontra-se no artigo 7, §2, da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados. Ver também DAILLER, P.; PELLET, A. *Droit International Public*, L.G.D.J., 7ª ed., Paris, 2002, p. 127; MELLO, C. A. *Curso de Direito Internacional Público*. v. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, p. 195.

² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/_quadro.htm>. Acesso em: 30 nov. 2017.

³ As competências do Ministério de Relações Exteriores encontram-se nos artigos 27 da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e no artigo 1º, III, do anexo 1º do Decreto nº 5.979.

⁴ Vide nesse sentido, MAZZUOLI, V. O poder legislativo e os tratados internacionais (o *treaty-making power* na Constituição brasileira de 1988). *Revista de Informação Legislativa*, ano 38, n. 150, abr./jun. 2001, p. 29.

Itamaraty, que sustenta a possibilidade de celebrar acordos executivos ou em forma simplificada no Brasil.⁵ A proposta do jurista de Accioly recebeu críticas expostas, sobretudo, por Haroldo Valladão, antigo Conselheiro Jurídico do Itamaraty, em seu artigo publicado dois anos após o primeiro.⁶ Haroldo Valladão interpretou os artigos relativos à celebração de tratados internacionais da Constituição de 1946 em vigor na época em comparação com as regras estabelecidas em constituições anteriores e chegou à conclusão de que a aprovação do Congresso é obrigatória para qualquer tratado internacional assinado pelo Brasil.

A resposta de Hildebrando Accioly aos argumentos de Haroldo Valladão apareceu no número subsequente do *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, publicado em 1951.⁷ Posteriormente, Valladão reconsiderou sua tese em um parecer de 1969.⁸ A tese de Accioly foi globalmente reconhecida, inclusive por Valladão, que admitiu a possibilidade de celebração de acordos executivos em alguns casos. Tal tese foi igualmente aceita pelo Ministério de Relações Exteriores, que decidiu a favor da possibilidade de celebração de acordos executivos no Brasil. Levi Carneiro, 9º Conselheiro Jurídico do Ministério de Relações Exteriores, confirmou a possibilidade de celebração de acordos não submetidos ao Poder Legislativo nas situações mencionadas por Accioly.⁹

Tendo em vista o referido debate doutrinário, a Constituição de 1988 modificou as regras relativas à conclusão dos tratados internacionais previstas nas constituições anteriores, introduzindo um elemento distintivo para aqueles que deverão ser obrigatoriamente submetidos ao Congresso Nacional. Uma leitura do artigo que trata da organização do poder de celebrar tratados da Constituição

⁵ ACCIOLY, H. A ratificação e a promulgação dos tratados, em face da Constituição Federal Brasileira. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, ano IV, n. 7, jan./jun. 1948, p. 5-11.

⁶ VALLADÃO, H. Aprovação de ajustes internacionais pelo Congresso Nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Rio de Janeiro, ano VI, n. 11-12, jan./dez. 1950, p. 95-108.

⁷ ACCIOLY, H. Ainda o problema da ratificação dos tratados, em face da Constituição Federal Brasileira. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, ano VII, n. 13-14, jan./dez. 1951, p. 20-33.

⁸ VALLADÃO, H. Necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional de acordo internacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, ano XXV, n. 49-50, jan./dez. 1969, p. 111-112.

⁹ CARNEIRO, L. Acordos por troca de notas. Quando é necessária a aprovação pelo Congresso Nacional. In: MEDEIROS, A. P. C. (Org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. v. IV. 1946-1951, Senado Federal, Brasília, 2000, p. 401-414. Para autores e conselheiros jurídicos do Itamaraty que posteriormente endossaram a tese de Accioly, vide ROCHA, A. R. Acordos internacionais: quando é desnecessária a aprovação pelo Congresso Nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, ano XXIV, n. 47-48, Rio de Janeiro, jan./dez. 1968, p. 175-183; CANÇADO TRINDADE, A. A. Participação do Legislativo na celebração de tratados. Acordos por troca de notas, acordos em forma simplificada. Ressalvas a atos internacionais em vigor. In: MEDEIROS, A. P. C. (Org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. v. VIII, 1985-1990, Senado Federal, Brasília, 2004, p. 518-523.

Brasileira de 1988 (art. 84, VIII) poderia levar a crer que todos os tratados internacionais assinados pelo Presidente da República devem ser submetidos à aprovação do Congresso Nacional, em conformidade com a redação da primeira Constituição Republicana de 1891.¹⁰

Um exame cuidadoso do art. 84, VIII, e de sua aplicação demonstra, contudo, que a tese de uma ampliação dos poderes do Congresso Nacional pelo texto constitucional de 1988 não poderia ser convincente.¹¹ Com efeito, uma análise conjunta do artigo 49, I, é necessária para se compreender o verdadeiro alcance dessa disposição. Este artigo serve para distinguir os tratados que exigem a aprovação do Congresso Nacional daqueles que estão dispensados desta exigência. Determina que é da competência exclusiva do Congresso “resolver¹² definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”. Estas são as únicas disposições do texto constitucional atual relativas à celebração e à inserção de tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.¹³

Na ausência de outras disposições constitucionais que regulem a incorporação de atos unilaterais adotados por organizações internacionais,¹⁴ usa-se a mesma fórmula prescrita nos artigos 49, I, e 84, VIII, para proceder à sua incorporação. Isso porque a menção referente aos “atos internacionais” também incluiria aqueles adotados em virtude de uma organização internacional, como o MERCOSUL.¹⁵ De fato, a aplicabilidade das soluções do direito internacional clássico à incorporação do direito de organizações internacionais como o MERCOSUL foi reiteradamente confirmada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro.¹⁶

¹⁰ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais sujeitos a referendo do Congresso Nacional; [...].

¹¹ Acerca deste ponto, v. MELLO, C. A. *op. cit.* p. 237. Vide igualmente MAZZUOLI, V. O poder legislativo e os tratados internacionais (o *treaty-making power* na Constituição brasileira de 1988). *Revista de Informação Legislativa*, ano 38, n. 150, abr./jun. 2001, p. 41.

¹² V. VALLADÃO, H. Conceito moderno de ratificação dos tratados e convenções, democrático, originário do Direito Internacional americano. In: MEDEIROS, A. P. C. (Org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. v. VI, 1961-1971, Senado Federal, Brasília, 2008, p. 88.

¹³ WOJCIKIEWICZ ALMEIDA, P.; PEREIRA, M. F. L. Revisitando os efeitos da assinatura de um tratado internacional: da obrigação de boa-fé à sujeição internacional do Estado. *Revista DIREITO GV*, v. 9, n. 1, jan./jun. 2013.

¹⁴ DAILLER, P.; FORTEAU, M.; PELLET, A. *Droit International Public*, LGDJ, 8ª ed., Paris, 2009, p. 404, ver também VIRALLY, M. Unilateral acts of international organizations. In: BEDJAOU, M. (Org.). *International law: achievements and prospects*. Ed. Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1991, p. 241-263.

¹⁵ Neste sentido, v. CANÇADO TRINDADE, A. A. *Repertório da prática diplomática brasileira do Direito Internacional Público, 1889-1898*, Fundação Alexandre de Gusmão, Brasília, 2012, p. 94.

¹⁶ Em um acórdão emblemático, que originou uma jurisprudência que se tornou constante, o STF afirmou que a recepção de tratados e atos celebrados pelo Brasil no MERCOSUL está sujeita às mesmas regras constitucionais que regem o procedimento de incorporação de tratados e atos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro (STF). Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 8.279-4, relator Ministro Celso de Mello, julgado em 17 de junho de 1998.

As disposições da Constituição de 1988 respondem a uma tendência do direito constitucional moderno de atenuar a obrigação geral de submissão de tratados e convenções internacionais ao Poder Legislativo em razão do progresso das relações internacionais, do aumento do número de acordos internacionais e de sua urgência, bem como da celebração de alguns tratados considerados de menor importância.¹⁷ A presente constituição admite, portanto, a conclusão de atos internacionais unicamente pelo presidente,¹⁸ reforçando o poder conferido ao Executivo em detrimento de um parecer obrigatório do Legislativo. Efetivamente, compete ao Executivo determinar, dentre os tratados particularmente importantes, aqueles que devem ser diretamente submetidos à aprovação legislativa. A análise recairá sobre o fato de os acordos em questão serem capazes de produzir encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio do Estado. Para tanto, uma ampla interpretação é necessária: não se trata somente de encargos ou compromissos de natureza financeira, mas também aqueles de natureza política.¹⁹

Os dispositivos constitucionais relativos à celebração de tratados, acordos e atos internacionais sofreram críticas relacionadas à sua imprecisão, ambiguidade e inadequação.²⁰ É importante compreender que a escolha dos constituintes brasileiros não foi feita de forma aleatória. As razões políticas que atribuem, por meio da Constituição de 1988, um papel menos ativo ao Congresso Nacional se encontram no processo de elaboração do texto constitucional.²¹ A escolha dos constituintes brasileiros também foi guiada por imperativos jurídicos destinados a garantir uma participação legislativa obrigatória relativa aos acordos celebrados com o FMI.²²

¹⁷ PEREIRA DE ARAUJO, J. H. *A processualística dos Atos Internacionais*. Ministério de Relações Exteriores, Rio de Janeiro, 1958, p. 149.

¹⁸ V. BASTOS, C. R. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3. ed. v. 4. t. 1. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 112.

¹⁹ Entrevista com Marcelo Zero, técnico da Câmara de Deputados, em 29 de outubro de 2009.

²⁰ FERREIRA FILHO, M. G. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. II. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 21; CÂMARA, J. S. A conclusão dos tratados internacionais e o direito constitucional brasileiro. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, 69/71:74, 1987-1989; ALBUQUERQUE MELLO, *op. cit.*, p. 277.

²¹ FERREIRA, M. C. Os processos constituintes de 1946 e 1988 e a definição do papel do Congresso Nacional na política externa brasileira. *Revista brasileira de política internacional*, n. 53, v. 2, 2010, p. 32-34, 39-41; MARTINEZ-LARA, J. *Building Democracy in Brazil: Politics of Constitutional Change, 1985-1995*, St. Martin's Press, New York, 1996, p. 108; LAMOUNIER, B. A feitura da nova constituição: um reexame da cultura política brasileira. In: LAMOUNIER, B. (Org.). *De Geisel a Collor: o balanço da transição*. São Paulo: Ed. Sumaré, 1990, p. 82.

²² O legislador possuía, sem dúvida, a intenção de limitar a margem de manobra do Poder Executivo por meio da submissão obrigatória dos acordos celebrados no domínio financeiro ao Congresso. Todavia, foi o efeito contrário que ocorreu, pois o Poder Executivo se beneficiou amplamente da autoridade constitucional. Nesse sentido, vide MEDEIROS, A. P. C. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995, p. 385 e CÂMARA, J. S., *op. cit.*, p. 73.

Verifica-se que a Constituição de 1988 perdeu a oportunidade de esclarecer as regras relativas à conclusão de tratados internacionais e manteve a dualidade doutrinária: alguns autores sustentam que todos os tratados devem ser obrigatoriamente submetidos ao Poder Legislativo e outros consideram a possibilidade de celebração dos acordos executivos.²³ A segunda tendência, que permite a celebração de certos acordos sem intervenção legislativa, concretizou-se na prática diplomática brasileira (*executive agreements*).

As práticas constitucionais são claramente influenciadas pela posição de princípio no que se refere à relação entre direito internacional e direito interno prevista pelas constituições nacionais.²⁴ Isso leva a pensar que os Estados que aderiram à concepção dualista, com a infinidade de variações que dela decorrem, não tendem a facilitar, do ponto de vista técnico, a aplicação imediata do direito internacional.²⁵ Tendo em vista tal contexto, será analisada a prática constitucional brasileira em matéria de conclusão de tratados internacionais (1), bem como de sua aplicação quando em colisão com normas infraconstitucionais (2) e constitucionais (3).

A pesquisa pretende resgatar a jurisprudência clássica dos tribunais superiores brasileiros, apresentar críticas ao entendimento exposto e identificar julgados que, apesar de denotarem, *a priori*, um rompimento da prática anterior, permanecem adotando uma lógica ultrapassada ao priorizar instrumentos domésticos em detrimento de compromissos internacionais regularmente constituídos. O descumprimento de compromissos internacionais se justifica, internamente, por conta da aplicação do critério cronológico, como se verá a seguir. Uma possível solução decorre da aplicação do critério da especialidade, com base no qual os tribunais superiores brasileiros têm conferido primazia aos tratados internacionais.

2 O *treaty-making power* na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Em caso paradigmático, o Supremo Tribunal Federal considerou que a concepção dualista moderada é mais adequada para a prática brasileira de

²³ MEDEIROS, A. P. C., *op. cit.*, p. 383.

²⁴ MOSLER, H. L'application du droit international public par les tribunaux nationaux. *R.C.A.D.I.*, 1957-I, nº 91, p. 636.

²⁵ *Ibid.*, p. 637.

incorporação de tratados.²⁶ Essa concepção pressupõe uma separação entre a ordem interna e internacional, exigindo, portanto, a adoção de um ato formal de recepção, com exceção de uma lei, a fim de tornar a norma internacional aplicável no direito interno. De acordo com o tribunal, a definição do momento a partir do qual as normas internacionais se tornam obrigatórias na esfera interna depende unicamente da Constituição da República. O exame das regras constitucionais em vigor mostra que a incorporação dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro depende da adoção de um ato subjetivamente complexo, resultado da união de duas vontades homogêneas: por um lado, a do Congresso Nacional, que se pronuncia por meio de um decreto legislativo sobre os tratados, acordos ou atos internacionais;²⁷ e, por outro lado, a do Presidente da República, responsável pela celebração e promulgação por decreto dos referidos atos internacionais.²⁸ O tribunal mencionou a obra dos mais renomados internacionalistas brasileiros a fim de concluir que a promulgação é indispensável para a entrada em vigor na esfera interna de qualquer ato internacional assinado pelo país.

Um raciocínio idêntico foi trazido durante o julgamento de um recurso interposto perante o Supremo Tribunal Federal contra uma decisão do mesmo tribunal que havia negado um pedido de cooperação judiciária oriundo da justiça federal argentina, com base na ausência de promulgação do Protocolo de Medidas Cautelares do MERCOSUL.²⁹ Esse instrumento, adotado em 1994, foi devidamente aprovado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 192/95. No entanto, ele não havia sido ainda promulgado pelo Poder Executivo brasileiro. Esse caso deu ao Supremo Tribunal Federal a oportunidade de se pronunciar, pela primeira vez, sobre um ato normativo do MERCOSUL. Devido à especificidade do sistema jurídico mercosulino e dos atos dele decorrentes, se poderia esperar um tratamento distinto daquele dirigido aos atos internacionais em geral.

O requerente argumentou que os tratados celebrados sob a égide do MERCOSUL não poderiam se basear em regras aplicáveis há mais de 150 anos, especialmente aquela relativa à exigência de promulgação presidencial. Vários argumentos militam nesse sentido, como a evolução do conceito de soberania, que dá lugar à cooperação com os Estados-Membros de um sistema destinado à integração regional. O requerente afirma que, se o Brasil ratificou o Protocolo

²⁶ ADI nº 1.480-MC, Confederação Nacional do Transporte e Confederação Nacional da Indústria c. Presidente da República e Congresso Nacional, julgada em 4 de setembro de 1997, publicada no Diário Oficial em 18 de maio de 2001. Trata-se da ADI que visava pôr em causa a validade jurídica e a constitucionalidade do decreto legislativo que aprovou a Convenção nº 158 da OIT e do decreto executivo que a promulgou.

²⁷ Artigo 49, I, CF.

²⁸ Artigo 84, VIII, CF.

²⁹ (STF) Agravo regimental em carta rogatória n.º 8.279-4, relator Ministro Celso de Mello, jugado em 17 de junho de 1998.

de Medidas Cautelares do MERCOSUL, obrigando-se na esfera internacional, somente poderá voltar atrás de suas obrigações em caso de denúncia do tratado. Essa obrigação é ainda mais grave no âmbito do MERCOSUL, cujo objetivo é estabelecer um mercado comum onde a segurança jurídica desempenhe um papel preponderante. Além disso, a exigência de promulgação consiste em uma simples formalidade incapaz de atribuir eficácia a um tratado internacional. A ratificação é, para esse efeito, amplamente suficiente. O pretexto de assegurar a publicação não justifica o procedimento de promulgação, pois o decreto legislativo que aprova o tratado já está publicado no Diário Oficial brasileiro, estando o seu texto completo, por sua vez, publicado no Diário do Senado Federal. O mesmo ocorre no que tange ao Protocolo de Medidas Cautelares, cujo decreto legislativo foi publicado no Diário Oficial em 18 de dezembro de 1995, enquanto o texto completo do protocolo foi publicado no Diário do Senado Federal em 16 de dezembro de 1995.

O argumento do requerente baseia-se na entrada em vigor internacional do acordo que obriga o Estado Parte com relação aos demais Estados Partes do MERCOSUL, independentemente de qualquer procedimento interno adicional a fim de torná-lo invocável no direito interno. Com efeito, o artigo 29 do protocolo estabelece o momento de sua entrada em vigor, a saber, no trigésimo dia seguinte da data do depósito do segundo instrumento de ratificação para os dois primeiros Estados Partes que o ratificarem, e no trigésimo dia a contar do depósito do respectivo instrumento de ratificação para os demais. A Argentina foi o primeiro Estado a ratificar o protocolo. Em seguida, o Brasil depositou seu instrumento de ratificação em 18 de março de 1997.

Sabe-se que as normas mercosulinas adotadas sob a denominação de protocolo ou acordo podem seguir a lógica aplicável ao direito primário e possuir uma cláusula de entrada em vigor. Com efeito, acontece frequentemente que o próprio órgão decisório mercosulino atribui a uma norma a natureza de tratado internacional, incluindo uma cláusula de entrada em vigor.³⁰ Tais cláusulas são obrigatórias para os Estados Partes.³¹ O Brasil está limitado, portanto, pelas disposições do Protocolo de Medidas Cautelares, sob o risco de ver sua responsabilidade comprometida perante os tribunais do MERCOSUL. Os argumentos do requerente seguem essa lógica, advogando pelo respeito dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, apesar da exigência interna

³⁰ MEDEIROS, A. P. C. Vigência no ordenamento jurídico brasileiro das normas emanadas dos órgãos do MERCOSUL com capacidade decisória. In: BASSO, M.; PRADO, M. A.; ZAITZ, D. *Direito do Comércio Internacional*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 87.

³¹ Artigo 7, Decisão nº 23/00 referente à *Incorporação das normas do MERCOSUL no ordenamento jurídico dos Estados Partes*.

de promulgação típica da adesão à doutrina dualista.³² O argumento contrário levaria a admitir que o tratado fosse plenamente obrigatório para o Brasil na esfera internacional e, por conseguinte, mercosulina, enquanto estaria privado de qualquer efeito na ordem interna, os tribunais nacionais recusando-se a aplicá-lo.³³ Esta constatação não impede a eventual responsabilização internacional do Estado, que se absteve de dar efeito no direito interno a um compromisso válido no nível internacional ou mercosulino.³⁴

No entanto, o Supremo Tribunal Federal não seguiu tal lógica ao afirmar que a recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados no âmbito do MERCOSUL dependem de uma sucessão ordenada de atos políticos e jurídicos para sua execução no ordenamento jurídico brasileiro: a aprovação do Congresso Nacional por meio de um decreto legislativo; a ratificação do Chefe de Estado através do depósito do respectivo instrumento; e a promulgação por decreto executivo. De acordo com o tribunal, é apenas a partir da promulgação que os atos internacionais se tornam invocáveis no direito interno. Essa é a razão pela qual os juízes declararam que o Protocolo de Medidas Cautelares não era aplicável ao Brasil na ausência de promulgação pelo executivo. Para o STF, as disposições do direito constitucional que regem a celebração dos compromissos internacionais não teriam sido observadas.

Ora, a exigência de promulgação não encontra base jurídica no texto constitucional, sendo um resultado da prática diplomática brasileira datada da época do Império.³⁵ No Brasil, a promulgação pelo Presidente dos atos internacionais que tenham sido previamente aprovados pelo Poder Legislativo é um procedimento obrigatório para lhes dar pleno efeito no direito interno.³⁶ Além de constituir um costume, o executivo justifica a importância da promulgação em razão da necessidade de tornar pública a celebração de um ato internacional, bem

³² Nesse ponto, *vide* parecer consultivo de 21 de fevereiro de 1925, caso da *mudança das populações gregas e turcas*, série B, nº 10, p. 20.

³³ CARREAU, D. *Droit international*, Pedone, 9ª ed., Paris, 2007, p. 473.

³⁴ *Idem*.

³⁵ Para mais detalhes referentes ao sistema de promulgação e sua adoção pelo Brasil, v. PEREIRA DE ARAUJO, J. H., *op. cit.*, p. 249-250. Acerca da exigência de uma promulgação dos atos internacionais para sua entrada em vigor no quadro interno, v. CANÇADO TRINDADE, A. A., *Repertório da prática diplomática brasileira do Direito Internacional Público*, 1889-1898, Fundação Alexandre de Gusmão, Brasília, 2012, p. 81; CANÇADO TRINDADE, A. A., *Repertório da prática diplomática brasileira do Direito Internacional Público*, 1899-1918, Fundação Alexandre de Gusmão, Brasília, 2012, p. 125-127; *Ibid.*, p. 147-168; CANÇADO TRINDADE, A. A., *Repertório da prática diplomática brasileira do Direito Internacional Público*, 1919-1940, Fundação Alexandre de Gusmão, Brasília, 2012, p. 120; Cançado Trindade, A. A., *Repertório da prática diplomática brasileira do Direito Internacional Público*, 1941-1960, Fundação Alexandre de Gusmão, Brasília, 2012, p. 86-90.

³⁶ PEREIRA DE ARAUJO, J. H., *op. cit.*, p. 243.

como determinar sua execução no direito interno.³⁷ Isso porque a publicação do decreto legislativo que aprova um ato internacional não é acompanhada de uma versão integral de seu texto. O Diário Oficial contém apenas uma menção ao ato internacional que acaba de ser aprovado.

Apesar da publicidade assegurada pela promulgação, tal prática afigura-se manifestamente inadequada aos imperativos internacionais. Com efeito, a entrada em vigor no nível interno de um ato internacional não coincide com a entrada em vigor no nível internacional. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, confere uma grande liberdade aos Estados nesse sentido.³⁸ O procedimento para a entrada em vigor aplicável às convenções multilaterais é geralmente a troca ou o depósito de certo número de instrumentos de ratificação. A promulgação intervém apenas após a conclusão desse procedimento. Segue-se que um tratado já pode estar em vigor no nível internacional ou regional, mas ainda requerer um ato interno de promulgação para que se torne invocável no ordenamento jurídico brasileiro. A exigência de promulgação é reflexo da adesão à doutrina dualista que ignora manifestamente as condições de entrada em vigor dos tratados internacionais.

3 A posição do direito internacional *versus* legislação infraconstitucional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Até 1977, o entendimento prevalecente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) era em favor da prevalência dos tratados internacionais em relação à legislação infraconstitucional. Destaque-se, a título de exemplo, o RE nº 71.154,³⁹ de 1971, no qual foi sustentada a tese de que os tratados internacionais, de forma geral, têm aplicação imediata inclusive naquilo em que modificam a legislação interna.

³⁷ *Ibid.*, p. 251. Para mais detalhes referentes à exigência de promulgação e evolução dos textos constitucionais brasileiros, v. *Ibid.*, p. 249-254. Vide igualmente MAZZUOLI, V. O poder legislativo e os tratados internacionais (o *treaty-making power* na Constituição brasileira de 1988). *Revista de Informação Legislativa*, a. 38, n. 150, abr./jun. 2001, p. 44.

³⁸ Artigo 24 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados de 1969, realizada em Viena em 23 de maio de 1969, entrada em vigor em 27 de janeiro de 1980, Nações Unidas, *Recueil des Traités*, v. 1155, p. 331.

³⁹ Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário* nº 71.154, relator Ministro Oswaldo Trigueiro, julgado em 04 de agosto de 1971, publicado no Diário Oficial em 25 de agosto de 1971.

A partir do julgamento do RE nº 80.004,⁴⁰ em 1977, o STF mudou o curso de sua jurisprudência, pacífica à época, passando a ser favorável à equiparação entre os tratados internacionais em geral e a legislação infraconstitucional.⁴¹ Nesse caso, discutia-se a validade do Decreto-Lei nº 427 em face da Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias da Convenção de Genebra, que havia sido anteriormente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro. Restou entendido no caso que, embora a Convenção de Genebra – que previu uma letra uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias – tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, ela não se sobrepõe às leis internas do país.

Sob a vigência da Constituição Federal de 1988, tal entendimento foi pela primeira vez sustentado quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 72.131,⁴² de 1995, o qual tratava da prisão civil do depositário infiel. Mais uma vez, o STF entendeu pela equiparação entre os diplomas normativos internacionais e a legislação interna infraconstitucional, firmando a tese de que os instrumentos normativos de caráter internacional adentram o ordenamento jurídico paritários à legislação infraconstitucional. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 1.480⁴³ é também emblemática na jurisprudência do STF. Nesse caso, discutia-se a constitucionalidade da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 68/92 e promulgada pelo Decreto nº 1.855/96. Foi entendido pela Corte que os tratados internacionais se subordinam à Constituição e, por isso, podem sofrer controle abstrato de constitucionalidade, além de ter sido considerado que há paridade normativa entre atos internacionais e normas infraconstitucionais.

A regra geral pacificada na jurisprudência brasileira é, portanto, de que os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional são equiparados hierarquicamente. Destaque-se, nesse sentido, o entendimento do STF na

⁴⁰ Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 80.004, relator Ministro Xavier de Albuquerque, julgado em 1º de junho de 1977, publicado no Diário Oficial em 29 de dezembro de 1977. Esse caso representa uma ruptura ocorrida na jurisprudência do STF. Para o levantamento do número de decisões que fizeram referência a esse julgado, vide “Plataforma de Referências”, “Supremo em Números”, FGV Direito Rio. Disponível em: <<http://200.20.164.140/search>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

⁴¹ MAZZUOLI, V. O Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas. *Revista de Informação Legislativa*, a. 39, n. 154, abr./jun. 2002, p. 16.

⁴² Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 72.131-1, relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 23 de novembro de 1995, publicado no Diário Oficial em 1º de agosto de 2003, voto do Ministro Celso de Mello. Para o levantamento do número de decisões que fizeram referência a esse julgado, vide “Plataforma de Referências”, “Supremo em Números”, FGV Direito Rio. Disponível em: <<http://200.20.164.140/search>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

⁴³ Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480, relator Ministro Celso de Mello, julgada em 04 de setembro de 1997, publicada no Diário Oficial em 18 de maio de 2001. Para o levantamento do número de decisões que fizeram referência a esse julgado, vide “Plataforma de Referências”, “Supremo em Números”, FGV Direito Rio. Disponível em: <<http://200.20.164.140/search>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

Extradição nº 662, de 1996, na qual, pautando-se no julgamento do RE nº 80.004, foi sustentada a tese de que todos os tratados e convenções internacionais guardam estrita relação de paridade normativa com as normas ordinárias.⁴⁴ Conforme já sustentado, tal tese peca pela imprecisão, já que um tratado internacional não perde vigência com a edição de uma lei posterior que com ele conflite.⁴⁵ Tampouco pode ser revogado por legislação doméstica ulterior. Isso porque os tratados internacionais possuem mecanismos próprios para que um Estado possa proceder à sua denúncia. Enquanto esta última não ocorre, o Estado segue obrigado internacionalmente, após a entrada em vigor internacional do tratado, devendo respeitar o pactuado de boa-fé,⁴⁶ sem frustrar a expectativa legítima de seus pares em virtude do princípio do *estoppel*.⁴⁷

Apesar dessa regra geral, há casos que dispõem sobre determinadas matérias nos quais se admite a prevalência do tratado sobre a legislação ordinária em função do critério da especialidade.⁴⁸ Será dado enfoque nesses casos especiais, em particular os que envolvem: (3.1) tratados de extradição; (3.2) direito do consumidor, em especial relacionados à Convenção de Varsóvia; (3.3) tratados sobre matéria tributária; e (3.4) tratados de proteção dos direitos humanos.

3.1 Tratados de extradição *versus* legislação interna

A extradição não é um ato de nenhum Poder do Estado, mas da República Federativa do Brasil, pessoa jurídica de direito público externo, representada pelo seu Chefe de Estado, o Presidente da República.⁴⁹ O artigo 102, I, *g*, da

⁴⁴ Supremo Tribunal Federal, Extradição nº 662-2 República do Peru, relator Ministro Celso de Mello, julgada em 28 de novembro de 1996, publicada no Diário Oficial em 30 de maio de 1997. Destaca-se o voto do relator Min. Celso de Mello: “[...] os atos internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se no mesmo plano de validade e eficácia das normas infraconstitucionais”, p. 13. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324856>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

⁴⁵ MAZZUOLI, V. O Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas. *Revista de Informação Legislativa*, a. 39, n. 154, abr./jun. 2002, p. 20.

⁴⁶ Frise-se que a obrigação de boa-fé já incide no momento anterior à ratificação, no qual o Estado assume uma obrigação interina decorrente da assinatura. Nesse sentido, vide WOJCIKIEWICZ ALMEIDA, P.; PEREIRA, M. F. L. Revisitando os efeitos da assinatura de um tratado internacional: da obrigação de boa-fé à sujeição internacional do Estado. *Revista DIREITO GV*, v. 9, n. 1, jan./jun. 2013.

⁴⁷ Vide em sentido similar MAZZUOLI, V. O Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas. *Revista de Informação Legislativa*, a. 39, n. 154, abr./jun. 2002, p. 21.

⁴⁸ Para mais detalhes acerca da adoção do critério da especialidade, vide MAZZUOLI, V. O Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas. *Revista de Informação Legislativa*, a. 39, n. 154, abr./jun. 2002, p. 22.

⁴⁹ Supremo Tribunal Federal, Petição Avulsa na Extradição nº 1.085 da República Italiana, relator Ministro Gilmar Mendes e Relator do Acórdão Ministro Luiz Fux, julgado em 08 de junho de 2011, publicado no

Constituição Federal dispõe ser de competência originária do STF o processo e o julgamento de extradição solicitada por Estado estrangeiro. A Lei nº 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro), a seu turno, define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, contendo previsões com relação ao instituto da extradição. Destaca-se que o Brasil firmou tratados de extradição com trinta países, além dos países-membros do MERCOSUL.⁵⁰

Com relação ao entendimento jurisprudencial do STF no que tange ao conflito entre disposições previstas em um tratado de extradição e no Estatuto do Estrangeiro – lei geral que rege o instituto –, pode-se dizer que prevalece o entendimento de que deve predominar o tratado, por ser uma norma especial.⁵¹ Diversos julgados corroboram o argumento. Na Extradição nº 7, julgada em 1913, o STF havia inicialmente denegado o pedido de extradição pautando-se na ausência de autenticação das decisões judiciais estrangeiras, exigida pelo artigo 8º da Lei nº 2.416, de 1911, que à época regulava o processo de extradição.⁵² Porém, ao ter ciência da existência de um tratado de extradição entre o Brasil e o, à época, Império Alemão, foi declarado nulo o antigo acórdão que denegou a solicitação de extradição. Foi, portanto, dada primazia ao tratado firmado em detrimento da legislação interna.

Da mesma forma, destaque-se o *Habeas Corpus* (HC) nº 51.977/DF⁵³ e o HC nº 58.727,⁵⁴ ambos emblemáticos na jurisprudência do STF.⁵⁵ O primeiro caso, de 1974, tratava do pedido de *habeas corpus* em favor de um indivíduo peruano, que se encontrava preso em uma delegacia em São Paulo, como medida cautelar do pedido de sua extradição. Questionava-se um suposto excesso de prazo para a prisão preventiva, de 90 dias de acordo com previsão do Decreto-Lei nº 941/1969.

Diário Oficial em 03 de abril de 2013, p. 137. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630001>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

⁵⁰ A lista dos países com os quais o Brasil firmou tratados de extradição está disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoTratadoExtradicaoTextual&pagina=IndiceTratadoExtradicao>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

⁵¹ DOLINGER, J. *Direito Internacional Privado (Parte Geral)*, Renovar, 6ª ed., 2002, p. 102.

⁵² Supremo Tribunal Federal, Extradição nº 7, relator Ministro Canuto Saraiva, julgada em 07 de janeiro de 1914; ALBUQUERQUE MELLO, C. *Curso de Direito Internacional Público*, Renovar, 15ª ed., 2004, p. 130; Relatório do Caso Batisti, Relator Min. Gilmar Mendes, p. 60. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EXT1085GM.pdf>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

⁵³ Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 51.977, relator Ministro Carlos Thompson Flores, julgado em 13 de março de 1974, publicado no Diário Oficial em 05 de abril de 1974.

⁵⁴ Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº. 58.727, relator Ministro Soares Muñoz, julgado em 18 de março de 1981, publicado no Diário Oficial em 03 de abril de 1981.

⁵⁵ Ambos os casos são mencionados pela doutrina nacional quando da discussão sobre hierarquia de tratados de extradição – a exemplo, *vide*: DOLINGER, J., *op. cit.*, p. 102 – e foi identificada uma gama de menções a ambos os casos em outros casos do STF. Para o levantamento do número de decisões que fizeram referência a esse julgado, *vide* “Plataforma de Referências”, “Supremo em Números”, FGV Direito Rio. Disponível em: <<http://200.20.164.140/search>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

Verificou-se no caso que a prisão estava dentro do prazo estabelecido pelo tratado de extradição entre Brasil e Peru, tendo sido indeferido o pedido de *habeas corpus* e tendo sido fixada a tese de que a existência de tratado regulando a extradição, quando em conflito com a lei, sobre ela prevalece tendo em vista que contém normas específicas.

Ainda nessa perspectiva, discutia-se no HC nº 58.727/DF, de 1981, a aplicação do prazo prescricional entre a data da prisão preventiva e do pedido de extradição fixado no tratado de extradição entre o Brasil e os Estados Unidos em detrimento do prazo previsto no Estatuto do Estrangeiro. Restou entendido pelo tribunal que deveria ser aplicado o prazo de 60 dias, previsto no tratado, contado desde o dia da prisão preventiva até o momento em que foi apresentado o pedido formal de extradição. No caso, foi citada a decisão da Corte quando do julgamento do já mencionado HC nº 51.977 para sustentar a tese de que, diante da ocorrência de colisão entre lei interna e tratado de extradição, este deve prevalecer em detrimento daquela.

Com base nos casos enunciados, entende-se que há prevalência dos tratados de extradição sobre a legislação infraconstitucional, ainda que esta seja posterior ao tratado de extradição.⁵⁶ Nesse sentido caminha a jurisprudência do STF, apesar de já ter sido proferido entendimento em sentido oposto.⁵⁷

3.2 Convenção de Varsóvia *versus* Código de Defesa do Consumidor

Uma gama de casos julgados pelo STF e pelo STJ sobre extravio de bagagem e atraso de voos internacionais tem como ponto central o questionamento com relação à prevalência da Convenção de Varsóvia sobre o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078/90, para a concessão da indenização devida.

⁵⁶ DOLINGER, J., *op. cit.*, p. 102; ALBUQUERQUE MELLO, C., *op. cit.*, p. 130.

⁵⁷ No julgamento da Extradicação nº 426, na qual se discutiam os limites da pena privativa de liberdade no caso específico de um extraditando norte-americano, houve entendimento do Ministro Francisco Rezek em favor da paridade entre tratado de extradição e legislação interna, apesar de, no caso concreto, não ter sido essa questão o objeto de discussão. Nesse sentido, destaque-se excerto do voto do Ministro: “Não se refere a lei extradicional à pena de prisão perpétua, no sentido de excluí-la em caso de deferimento da extradição. Se a lei o fizesse, encontrar-nos-íamos - como tratado entre Brasil e Estados Unidos é da década de 60 – numa situação de conflito real entre tratado e lei nacional superveniente. E ao conflito real se daria solução consentânea com aquilo que estatuiu este Plenário no precedente próprio, que é o RE 80.004 [...]”. Supremo Tribunal Federal, *Extradicação* nº. 426-3 - Estados Unidos da América, relator Ministro Rafael Mayer, julgada em 04 de setembro de 1985, publicada no Diário Oficial em 28 de outubro de 1985. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324664>>, p.16. Acesso em: 13 nov. 2017.

A Convenção de Varsóvia foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto de Promulgação nº 20.704, de 24 de novembro de 1931, tendo sido alterada pela Convenção para Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, a qual foi inserida no ordenamento jurídico por meio do Decreto de Promulgação nº 5.910, de 27 de setembro de 2006. O CDC, a seu turno, foi promulgado em 11 de setembro de 1990. Tem-se, dessa forma, que o CDC é uma normativa posterior à Convenção de Varsóvia. Surge, pois, o questionamento acerca da normativa que deve prevalecer nos casos concretos.

Inicialmente, entendia o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, sendo o CDC uma lei superveniente de caráter geral, esta não afeta as disposições contidas na Convenção de Varsóvia, conferindo, pois, prevalência ao tratado, conforme se depreende do REsp nº 58.736,⁵⁸ julgado em 1995. Depreende-se desse entendimento o emprego do critério da especialidade para solucionar o conflito, tendo sido considerado que a Convenção de Varsóvia, por ser uma norma especial, não poderia ser derogada por uma lei geral.

Em sentido diametralmente oposto, no julgamento do REsp nº 169.000,⁵⁹ de 2000, foi dada prevalência ao CDC em detrimento da Convenção de Varsóvia. Foi considerado no caso que, tendo sido editada lei específica destinada a tutelar os direitos do consumidor – CDC – e mostrando-se irrecusável o reconhecimento de relação de consumo, suas previsões devem prevalecer. Foi sustentada, dessa forma, a tese de que, havendo antinomia, o previsto em tratado perde a eficácia, prevalecendo a lei interna posterior que se revelar com o tratado incompatível. Da leitura do caso, pode-se entender que houve aplicação do critério cronológico ao ter sido privilegiada a prevalência de lei interna posterior, o que se coaduna com o entendimento doutrinário.⁶⁰

Esse entendimento em favor da prevalência do CDC sobre a Convenção de Varsóvia foi pacificado no STJ, como se depreende de outros julgados.⁶¹

⁵⁸ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 58.736, relator Ministro Eduardo Ribeiro, julgado em 13 de dezembro de 1995, publicado no Diário Oficial em 29 de abril de 1996.

⁵⁹ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 169.000, relator Ministro Paulo Costa Leite, julgado em 04 de abril de 2000, publicado no Diário Oficial em 14 de agosto de 2000.

⁶⁰ ARAUJO, N. *Direito Internacional Privado Teoria e Prática Brasileira*, Renovar, 5ª ed., 2011, p. 165.

⁶¹ Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 269.353, relator Ministro Castro Filho, julgado em 24 de abril de 2002, publicado no Diário Oficial em 17 de junho de 2002; Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 171.506, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 05 de março de 2001, publicado no Diário Oficial em 05 de março de 2001; Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 173.526, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 22 de maio de 2001, publicado no Diário Oficial em 27 de agosto de 2001; Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 258.185, relator Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 08 de maio de 2001, publicado no Diário Oficial em 15 de outubro de 2001; Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 76.855, relator Ministro Ari Pargendler, julgado em 26 de setembro de 2000, publicado no Diário Oficial em 18 de dezembro de 2000.

A exemplo, no REsp nº 552.553,⁶² de 2005, que tratava de extravio de mercadoria, foi assinalado o entendimento de que a jurisprudência pacífica da Segunda Seção do Tribunal é no sentido de que o transportador aéreo deve responder pelo extravio de bagagens e cargas por meio da aplicação do CDC caso o evento tenha ocorrido em sua vigência. Foi solidificada, pois, a compreensão de que a lei interna posterior pode se sobrepor às previsões do tratado.

No STF, porém, o entendimento é diverso. A jurisprudência da Corte é pacífica no sentido de que devem prevalecer as disposições da Convenção de Varsóvia quando a controvérsia for relativa a transporte aéreo internacional. Nos Recursos Extraordinários (REs) nº 297.901 e 214.349,⁶³ que tratavam do prazo prescricional a ser aplicado, foi entendido que, embora seja válida a norma do CDC quanto aos consumidores em geral, no caso de contrato de transporte internacional aéreo deve prevalecer a Convenção de Varsóvia, haja vista o artigo 178, *in fine*, da CF,⁶⁴ que prevê a observância dos acordos firmados pela União com relação à ordenação do transporte internacional. Saliente-se que tal artigo foi incorporado à Constituição a partir da edição da Emenda Constitucional nº 7, de 1995.

Recentemente, essa discussão voltou à tona no STF quando do julgamento conjunto, em 2017, do Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário (ARE) nº 766.618 e do RE nº 636.331,⁶⁵ para o qual foi reconhecida repercussão geral.⁶⁶ O primeiro julgado tinha como problemática o atraso de voo internacional, discutindo-se

2000; Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 329.520, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 24 de junho de 2002, publicado no Diário Oficial em 02 de setembro de 2002; Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.060.792, relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 17 de novembro de 2011, publicado no Diário Oficial em 24 de novembro de 2011; Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.343.941, relator Ministro Vasco Della Giustina, julgado em 18 de novembro de 2010, publicado no Diário Oficial em 25 de novembro de 2010.

⁶² Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 552.553, relator Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 12 de dezembro de 2005, publicado no Diário Oficial em 31 de fevereiro de 2006.

⁶³ Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 214.349, relator Ministro Moreira Alves, julgado em 13 de abril de 1999, publicado no Diário Oficial em 11 de junho de 1999; Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 297.901/RN, relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 07 de março de 2006, publicado no Diário Oficial em 31 de março de 2006.

⁶⁴ O artigo 178 da Constituição Federal prevê que: "A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade".

⁶⁵ Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário com Agravo nº 766.618, relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 25 de maio de 2017, publicado no Diário Oficial em 13 de novembro de 2017; Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 636.331, relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 25 de maio de 2017, publicado no Diário Oficial em 13 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344530>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

⁶⁶ A repercussão geral consiste em instituto processual por meio do qual somente é cabível ao STF o julgamento de temas, trazidos em recursos extraordinários, que apresentem questões relevantes, ultrapassando os interesses das partes. Para mais informações, *vide*: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=entendarg>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

se, no caso concreto, seria aplicado o prazo prescricional de cinco anos, previsto no CDC, ou o prazo de dois anos, previsto na Convenção de Varsóvia. Nesse sentido, foi posto o questionamento sobre se, havendo antinomia entre o CDC e as convenções que regem o transporte internacional, deveriam estas prevalecer por força do disposto no artigo 178 da Constituição Federal. Entendeu o tribunal que, por força da previsão do supracitado artigo, deveriam prevalecer as disposições da Convenção de Varsóvia, aplicando-se o prazo prescricional de dois anos.

No segundo caso acima mencionado, RE nº 636.331, discutiram-se o extravio de bagagens e o valor dos danos morais a serem concedidos. A indenização prevista pelo CDC apoia-se na ampla reparação, ao contrário da Convenção de Varsóvia, que prevê uma limitação do *quantum* indenizatório.⁶⁷ Restou entendido pela Corte que o valor a ser concedido a partir da condenação por danos morais seria limitado ao patamar estabelecido pelo artigo 22 da Convenção de Varsóvia, conferindo-se, pois, prevalência ao tratado.

Tem-se, dessa forma, que atualmente a problemática que envolve o conflito entre o CDC e as convenções de Varsóvia e de Montreal encontra-se superada pelo STF, restando entendido pelo referido tribunal que, ao tratado, deve ser conferida prevalência, apesar de esse entendimento ser desfavorável ao consumidor, conforme as previsões do CDC. No STJ, porém, verifica-se, com base nos casos evidenciados, que o tribunal adotou posicionamento em favor da prevalência do CDC em detrimento da Convenção de Varsóvia. Pode-se inferir que, a depender do tribunal julgador, é dado tratamento diverso à matéria.

3.3 Tratados de direito tributário *versus* legislação interna

Dispõe o artigo 98 do Código Tributário Nacional (CTN) que os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, devendo ser observados pelas que lhes sobrevenham.⁶⁸ A doutrina brasileira tem

⁶⁷ Dispõe o artigo 6º, IV, do CDC que são direitos básicos do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. Dispõe o artigo 14 da mesma normativa que o fornecedor de serviços responde, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores. Tem-se, portanto, que não há uma limitação em relação ao *quantum* indenizatório, apoiando-se o CDC na ampla reparação. A Convenção de Varsóvia impõe em seu artigo 22 limites a esse *quantum*. A exemplo, com relação ao dano causado por atraso no transporte de pessoas, o transportador se limita a pagar 4.150 Direitos Especiais de Saque por passageiro, conforme o inciso 1 do supracitado artigo da Convenção de Varsóvia. Já com relação ao dano causado no transporte de bagagem, a responsabilidade do transportador é limitada a 1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, conforme o inciso 2 do artigo. Essa limitação consiste na chamada indenização tarifada.

⁶⁸ O art. 98 do CTN também é objeto de críticas. A primeira delas diz respeito ao emprego do verbo “revogam” para qualificar o efeito que os tratados que dispõem sobre matéria tributária possuem sobre a legislação

se posicionado em favor da primazia dos tratados de direito tributário sobre a legislação interna por força do referido dispositivo.⁶⁹ Há entendimento no sentido de que a interpretação mais adequada para os casos envolvendo conflitos entre esses tratados e normas internas é a que privilegia o critério da especialidade, sendo os tratados de direito tributário normas especiais que, portanto, devem prevalecer no caso concreto.⁷⁰

Ainda na vigência da Constituição de 1937, o entendimento admitido pelo STF era que as normas internacionais prevalecem sobre as leis infraconstitucionais, com destaque para a Apelação Cível nº 7.872, de 1943.⁷¹ Nesse caso, discutia-se a incidência de imposto de 10% instituído pelo Decreto nº 24.343 em detrimento das disposições contidas em tratado firmado entre o Brasil e o Uruguai, dando-se prevalência, na hipótese, às disposições do tratado, haja vista o “caráter convencional”⁷² dos tratados.

Tal entendimento foi confirmado na Apelação Cível nº 9.587,⁷³ na vigência da Constituição de 1946, tendo sido considerado que o tratamento tributário assegurado pelo tratado de comércio entre os Estados Unidos do Brasil e os Estados Unidos da América deveria ser privilegiado em detrimento das previsões insertas no Decreto-Lei nº 7.404, que, à época, dispunha sobre o imposto de

tributária interna que seja a eles contrária. Entende-se que os tratados e convenções internacionais não revogam ou derogam a legislação tributária interna, mas sim suspendem sua eficácia no caso concreto. Assim, a norma interna perde sua aplicabilidade apenas no caso específico (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.161.467, relator Ministro Castro Meira, julgado em 17 de maio de 2012, publicado no Diário Oficial em 01 de junho de 2012). A segunda crítica refere-se à potencial inconstitucionalidade do artigo 98 do CTN (Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.600-8, relator Ministro Sydney Sanches, julgado em 26 de novembro de 2001, publicado no Diário Oficial em 20 de junho de 2003, fundamentação do pedido de vista do Ministro Moreira Alves; Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 80.004, relator Ministro Xavier de Albuquerque, julgado em 01 de junho de 1977, publicado no Diário Oficial em 29 de dezembro de 1977). Isso, pois se argumenta em favor da impossibilidade de uma lei complementar, nesse caso o CTN, dispor sobre a superioridade hierárquica dos tratados de direito tributário, questão que somente poderia ser disciplinada pela Constituição.

⁶⁹ DOLINGER, J., *op. cit.*, p. 131; MAZZUOLI, V. Eficácia e aplicabilidade dos tratados em matéria tributária no Direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, a. 44, n. 175, jul./set. 2007, p. 156.

⁷⁰ N. de ARAUJO, *op. cit.*, p. 166.

⁷¹ Supremo Tribunal Federal, Apelação Cível nº 7.872, relator Ministro Philadelpho de Azevedo, julgado em 11 de outubro de 1943. *Vide* também: Relatório do Caso Batisti, relator Ministro Gilmar Mendes, p. 46. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EXT1085GM.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

⁷² Voto do Ministro Relator Philadelpho de Azevedo na Apelação Cível nº 7.872, julgada em 11 de outubro de 1943, do qual se destaca: “A equiparação absoluta entre a lei e o tratado conduziria à resposta afirmativa, mas evidente o desacerto de solução tão simplista, ante o caráter convencional do tratado, qualquer que seja a categoria atribuída às regras de direito internacional”.

⁷³ Supremo Tribunal Federal, Apelação Cível nº 9.587, relator Ministro Lafayette de Andrada, julgada em 21 de agosto de 1951, publicada no Diário Oficial em 18 de outubro de 1951, com destaque para o voto do relator. *Vide* também: Relatório do Caso Batisti, relator Ministro Gilmar Mendes, p. 47-48. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EXT1085GM.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

consumo. Nesse caso, foi considerado que, além de um tratado “revogar”⁷⁴ as leis que lhe são anteriores, também ostenta primazia sobre as leis internas a ele posteriores.

Mais tarde, passou ser adotada pelo STF e pelo STJ uma interpretação restritiva do disposto no artigo 98 do CTN, considerando-se que este somente se aplicava aos chamados tratados-contrato.⁷⁵ Com base nessa classificação, somente os tratados-contratuais, pela natureza que ostentam, deveriam prevalecer, em qualquer caso, sobre a legislação interna. Essa tese restritiva foi sustentada no RE nº 80.004,⁷⁶ *leading case*, e, posteriormente, superada no RE nº 90.824.⁷⁷

No RE nº 90.824, sustentou-se o entendimento de que, independentemente da natureza do tratado internacional de direito tributário, deve ser observado o princípio inserto no artigo 98 do CTN, ou seja, de que os tratados e as convenções internacionais “revogam” ou modificam a legislação tributária interna, devendo ser observados pelas que lhes sobrevenham. Na mesma linha, o RE nº 229.096⁷⁸ também pode ser considerado um *leading case*,⁷⁹ considerando-se que a isenção de tributos estaduais às mercadorias importadas dos países signatários quando o produto nacional ostentar o mesmo benefício – prevista no GATT (artigo III, item 2 do GATT) – foi recepcionada pela Constituição de 1988, prevalecendo, pois, o entendimento de que a previsão do tratado se sobrepõe às previsões das leis infraconstitucionais instituidoras dos tributos. Da mesma forma, entendeu o Ministro Relator Gilmar Mendes no RE nº 460.320 que a classificação dos tratados em normativos e contratuais se encontra desatualizada.⁸⁰

⁷⁴ Voto do Ministro Relator Lafayette de Andrada na Apelação Cível nº 9.587, julgada em 21 de agosto 1951, do qual se destaca: “Sem dúvida que o tratado revoga as leis que lhe são anteriores, mas não pode ser revogado pelas leis posteriores, se estas não se referirem expressamente a essa revogação ou se não denunciarem o tratado”.

⁷⁵ Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 80.004, relator Ministro Xavier de Albuquerque, julgado em 1º de junho de 1977, publicado no Diário Oficial em 29 de dezembro de 1977, voto Ministro Cunha Peixoto em *obiter dictum*.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 90.824, relator Ministro Moreira Alves, julgado em 25 de junho de 1980, publicado no Diário Oficial em 19 de setembro de 1980. *Vide*: Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 460.320, relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 31 de agosto de 2011, publicado no Diário Oficial em 17 de outubro de 2017, voto do Ministro Relator, p. 11. Ainda não julgado pelo plenário,

⁷⁸ Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 229.096-0, relator Ministro Ilmar Galvão, julgado em 16 de agosto de 2007, publicado no Diário Oficial em 10 de abril de 2008.

⁷⁹ O caso pode ser considerado um *leading case* pelo elevado número de citações que apresentou na pesquisa. Para o levantamento do número de decisões que fizeram referência a esse julgado, *vide* “Plataforma de Referências”, “Supremo em Números”, FGV Direito Rio. Disponível em: <<http://200.20.164.140/search>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

⁸⁰ Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 460.320, relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 31 de agosto de 2011, publicado no Diário Oficial em 17 de outubro de 2017. Ainda não julgado pelo plenário.

Observa-se, com base no exposto, que a discussão acerca da prevalência ou não dos tratados que dispõem sobre matéria tributária em relação à legislação infraconstitucional se encontra superada e pacificada, sendo atualmente aceita a tese de que esses tratados possuem primazia em relação à legislação infraconstitucional.

4 A posição do direito internacional *versus* legislação constitucional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Assim como nos assuntos anteriormente tratados, o entendimento jurisprudencial do STF com relação à posição hierárquica dos tratados de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico interno sofreu um processo de evolução jurisprudencial, o que muito se deveu à edição da Emenda Constitucional (EC) nº 45, de 2004, que incluiu o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal. Será, pois, analisado o entendimento do tribunal, anterior e posteriormente à edição da EC. Como se verá, os principais casos tratados nesta seção tratam da prisão civil do depositário infiel, podendo-se dizer que, ao lado da referida emenda, a discussão sobre a possibilidade dessa prisão foi um dos principais pontos sobre os quais se calcou a evolução da jurisprudência brasileira.

4.1 O entendimento jurisprudencial anterior à edição da Emenda Constitucional nº 45

Dispõe o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. O §2º do mesmo artigo, a seu turno, prevê que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Com base nesse dispositivo, boa parte da doutrina brasileira entendia que os tratados de direitos humanos ostentavam hierarquia constitucional.⁸¹ Isso porque o §2º do

⁸¹ CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2ª ed., 2003, p. 513; p. 516-517; PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, Saraiva, 11ª ed., 2010, p. 60-65; SARLET, I. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, Livraria do Advogado, 10ª ed., 2011, p. 124; MAZZUOLI, V. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro, *Revista de Informação Legislativa*, a. 37, n. 148, out./

artigo 5º possui um caráter aberto, conferindo possibilidade de inclusão, no rol dos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição, de outros direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais regularmente ratificados pelo país.⁸² Tais direitos e garantias constantes dos tratados internacionais estariam integrados ao ordenamento jurídico brasileiro, “como se escritos na constituição estivessem”.⁸³

Em sentido diametralmente oposto posicionava-se o STF, para o qual não se pode inferir do artigo 5º, §2º, um comando constitucional em favor da paridade entre a Constituição e os tratados internacionais que consagram direitos humanos. Destaque-se, nessa perspectiva, o já pormenorizado entendimento do STF quando do julgamento do RE nº 80.004,⁸⁴ em 1977. Apesar de o caso não se tratar de temática que envolva direitos humanos, foi naquele momento pacificado o entendimento da Corte no sentido de que todos os tratados internacionais ostentam *status* paritário às leis ordinárias, incluindo-se nesse rol os tratados de proteção dos direitos humanos.

Tal entendimento foi confirmado quando do julgamento do HC nº 72.131,⁸⁵ em 1995, já mencionado, o qual teve como ponto central a discussão sobre a possibilidade ou não da prisão civil do depositário infiel. O julgado é emblemático na jurisprudência do STF por ter sido a primeira vez, após a promulgação da Constituição de 1988, em que a prisão civil do depositário infiel foi posta em discussão.⁸⁶ Essa discussão tem como pano de fundo a previsão da Constituição Federal em relação ao tema e, em sentido diverso, as disposições do Pacto de São José da Costa Rica, também intitulado Convenção Americana sobre Direitos Humanos.⁸⁷

dez. 2000; MAZZUOLI, V. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro, *Revista de Informação Legislativa*, a. 37, n. 148, out./dez. 2000, p. 231-250; MAZZUOLI, V. A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro, *Revista de Informação Legislativa*, a. 37, n. 147, jul./set. 2000, p. 179-200.

⁸² MAZZUOLI, V. Hierarquia constitucional..., *op. cit.*, p. 237; MAZZUOLI, V. A incorporação dos tratados internacionais..., *op. cit.*, p. 186.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 80.004, relator Ministro Xavier de Albuquerque, julgado em 1º de junho de 1977, publicado no Diário Oficial em 29 de dezembro de 1977.

⁸⁵ Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 72.131-1, relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 23 de novembro de 1995, publicado no Diário Oficial em 1º de agosto de 2003, voto Ministro Celso de Mello (p. 8.686).

⁸⁶ Supremo Tribunal Federal, Petição Avulsa na Extradicação nº 1.085 da República Italiana, relator Ministro Gilmar Mendes e Relator do Acórdão Ministro Luiz Fux, julgado em 08 de junho de 2011, publicado no Diário Oficial em 03 de abril de 2013, p. 64. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630001>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

⁸⁷ Conforme o artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal, não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário

Nesse sentido, foi entendido no supracitado HC nº 72.131 que era pacífico na jurisprudência da Corte ao tempo do julgamento que os tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico pátrio ostentam tão somente força de lei ordinária, não sendo equiparáveis à Constituição Federal. Entendeu-se, dessa forma, que a ordem normativa externa em momento algum pode se superpor às prescrições da Lei Fundamental da República. Verifica-se, assim, um entendimento à época prevalecente no STF de contrariedade à hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos.

O posicionamento do STF em favor da possibilidade da prisão civil do depositário infiel em razão da expressa previsão constitucional foi mantido nos anos subsequentes ao do julgamento do HC nº 72.131. Observa-se essa tendência a partir da leitura do RE nº 206.482, de 1998, e do RE nº 243.613, de 1999.⁸⁸ Assim, por muito tempo esteve pacificado na jurisprudência pátria o entendimento de que, sendo a prisão civil do depositário infiel amparada constitucionalmente, não se poderia falar em sua impossibilidade com base em previsão inserta no Pacto de São José da Costa Rica, haja vista a equiparação do referido tratado à legislação ordinária.

Uma mudança significativa se deu por força da edição da EC nº 45, que agregou o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal. Será demonstrado o impacto da inserção desse novo parágrafo sobre o entendimento do STF quanto à hierarquia dos tratados de proteção dos direitos humanos.

4.2 O entendimento jurisprudencial posterior à edição da Emenda Constitucional nº 45

Dispõe o artigo 5º, §3º, da Constituição Federal que 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. Da leitura desse dispositivo constitucional, inserto a partir da EC nº 45, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos aprovados em conformidade com o referido procedimento ostentam hierarquia constitucional. No entanto, surge o

infiel. Em sentido contrário, prevê o artigo 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica que ninguém deve ser detido por dívidas, com exceção dos casos de obrigação alimentar.

⁸⁸ Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 206.482, relator Ministro Maurício Corrêa, julgado em 27 de maio de 1998, publicado em 05 de setembro de 2003; Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 243.613, relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 19 de fevereiro de 1999, publicado em 10 de setembro de 1999.

questionamento acerca da posição hierárquica dos tratados de direitos humanos incorporados anteriormente à edição da referida emenda constitucional e dos tratados incorporados após a edição da emenda, que não tenham passado pelo referido quórum.

Atualmente, a tese majoritária adotada pela jurisprudência nacional⁸⁹ é a de que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico interno anteriormente à EC 45 e, portanto, sem que fosse seguido o *iter* procedimental prescrito pelo artigo 5º, §3º, da Constituição ostentam *status* supralegal, sendo hierarquicamente superiores à legislação ordinária e inferiores à Constituição Federal. De acordo com o Ministro Gilmar Mendes, quando do voto proferido no RE nº 466.343, a tese da supralegalidade consiste em considerar que os tratados de direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam um lugar especial no ordenamento jurídico brasileiro, acima das normas infraconstitucionais.⁹⁰

O RE nº 562.051-4,⁹¹ julgado em março de 2008, para o qual foi atribuída repercussão geral, coaduna-se com essa tese. No caso, foi discutida a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, tendo sido entendido que as normas legais que disciplinam sua prisão, com destaque o artigo 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911/69,⁹² ficaram “derrogadas”⁹³ por força da previsão inserta no Pacto de São José da Costa Rica.

⁸⁹ Destaque-se: Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 562.051-4, relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 14 de abril de 2008, publicado no Diário Oficial em 12 de setembro de 2008; Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 349.703-1, relator Ministro Carlos Britto e relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, julgado em 03 de dezembro de 2008, publicado no Diário Oficial em 05 de junho de 2009; Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 466.343-1, relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 03 de dezembro de 2008, publicado no Diário Oficial em 05 de junho de 2009; e Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 87.585-8, relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 03 de dezembro de 2008, publicado no Diário Oficial em 26 de junho de 2009.

⁹⁰ Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 466.343-1, relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 03 de dezembro de 2008, publicado no Diário Oficial em 05 de junho de 2009, voto do Ministro Gilmar Mendes na p. 21.

⁹¹ Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 562.051-4, relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 14 de abril de 2008, publicado no Diário Oficial em 12 de setembro de 2008. O caso pode ser considerado um *leading case* pelo elevado número de citações que apresentou na pesquisa. Para o levantamento do número de decisões que fizeram referência a esse julgado, *vide* “Plataforma de Referências”, “Supremo em Números”, FGV Direito Rio. Disponível em: <<http://200.20.164.140/search>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

⁹² Artigo 1.287 do Código Civil de 1916: “Seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e a ressarcir os prejuízos (art. 1.273)”; Decreto-Lei nº 911, de 01.10.1969: “Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências”.

⁹³ Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 562.051-4, relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 14 de abril de 2008, publicado no Diário Oficial em 12 de setembro de 2008, voto do Ministro Marco Aurélio, do qual se destaca: “De há muito venho sustentando que, ante o fato de o Brasil ter subscrito

Esse caso sinalizou o posicionamento hoje pacífico na Corte com relação à posição hierárquica dos tratados de proteção dos direitos humanos e que veio a ser solidificado quando do julgamento do RE nº 349.703-1, do RE nº 466.343-1 e do HC nº 87.585-8,⁹⁴ julgados na mesma data, em 03 de dezembro de 2008. Nesses julgados, foi entendido pela maioria da Corte que somente ostentam hierarquia constitucional os tratados de direitos humanos incorporados em conformidade com o rito previsto no artigo 5º, §3º, da Constituição. Foi entendido que a reforma constitucional acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados, conferindo-lhes uma posição especial dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Considerando-se que a norma constitucional que prevê a possibilidade de prisão civil do depositário infiel é regulamentada por dispositivos legais para que tenha plena eficácia e que, a partir do julgamento dos referidos casos, emergiu a tese da supralegalidade, tem-se que a previsão constitucional em favor da prisão civil do depositário infiel deixou de ter aplicabilidade.⁹⁵ Isso, pois, as previsões do Pacto de São José da Costa Rica prevalecem sobre os dispositivos infraconstitucionais, tendo, dessa forma, um efeito paralisante sobre estes. Nesse sentido, mesmo estando abaixo da Constituição, nesse específico caso, um tratado tornou inaplicável uma disposição constitucional. De modo contrário, destaque-se o posicionamento do Ministro Celso de Mello nos três julgados mencionados, para o qual os tratados de direitos humanos, mesmo aqueles incorporados anteriormente à EC nº 45, equiparam-se à Constituição Federal, integrando o ordenamento jurídico como norma de caráter constitucional.

o Pacto de São José da Costa Rica - Convenção Americana sobre Direitos Humanos -, somente subsiste a possibilidade de ocorrer a prisão civil em relação ao devedor de prestação alimentícia, ainda assim quando o inadimplemento se mostre inescusável. É que, além de, nos termos constitucionais, a prisão civil consubstanciar exceção, as normas legais que a disciplinam quanto ao depositário infiel ficaram derogadas em face da adoção do Pacto". Disponível em: <http://200.20.164.140/search?termo_busca=deposit%C3%A1rio+infiel>. Acesso em: 23 nov. 2017.

⁹⁴ Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 349.703-1, relator Ministro Carlos Britto e relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, julgado em 03 de dezembro de 2008, publicado no Diário Oficial em 05 de junho de 2009; Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 466.343-1, relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 03 de dezembro de 2008, publicado no Diário Oficial em 05 de junho de 2009; Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 87.585-8, relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 03 de dezembro de 2008, publicado no Diário Oficial em 26 de junho de 2009.

⁹⁵ Destaque-se: Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 466.343-1, relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 03 de dezembro de 2008, publicado no Diário Oficial em 05 de junho de 2009, excerto do voto do Ministro Gilmar Mendes sobre o Decreto-Lei nº 911/1969: "[...] o Decreto-Lei nº 911/69, em seu art. 1º, que altera o art. 66 da Lei nº 4.728/65 (Lei do Mercado de Capitais) equipara o devedor-fiduciante ao depositário, 'com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal', dando ensejo à interpretação, hoje vigente no Supremo Tribunal Federal, segundo a qual o fiduciante inadimplente torna-se 'depositário infiel' e, por força do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, está sujeito à prisão civil".

Em decorrência do julgamento do RE nº 466.343-1, considerado paradigmático,⁹⁶ foi editada a Súmula Vinculante nº 25 do STF, segundo a qual é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito, tendo sido, assim, revogada a Súmula nº 619 do STF, que dispunha sobre a prisão do depositário infiel.⁹⁷ Alguns países sul-americanos também se posicionam em favor da tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos. Nesse sentido, saliente-se o artigo 7º da Constituição da Costa Rica de 2001, o artigo 425 da Constituição do Equador de 2008 e o artigo 144 da Constituição de El Salvador de 1983.

É inegável o avanço jurisprudencial do STF no que tange à proteção dos direitos humanos por meio do entendimento solidificado nos referidos casos, o que muito se deveu à inserção do §3º ao artigo 5º da Constituição. Para além da inclusão desse artigo, a EC nº 45 incluiu o §4º ao artigo 5º da Constituição, passando o Brasil a se submeter à jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Ademais, conforme disposição do artigo 109, §5º, da Constituição Federal, também incluído a partir da referida emenda constitucional, nas hipóteses de graves violações dos direitos humanos, poderá ser suscitado incidente de deslocamento do processo para a justiça federal. Verifica-se um maior compromisso do Estado brasileiro com a proteção dos direitos humanos e com os tratados internacionais que consagram essa matéria.

Apesar de a atual jurisprudência do STF se coadunar com uma maior proteção dos direitos humanos, tem-se que ainda há questionamentos acerca da paridade constitucional entre todos os tratados internacionais de proteção desses direitos e a Constituição Federal.⁹⁸ Questiona-se a efetividade em termos práticos do que está previsto no §3º do artigo 5º da Constituição Federal. Isso porque atualmente somente um tratado adentrou o ordenamento jurídico interno com o *status* de emenda constitucional, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, incorporada a partir do Decreto de

⁹⁶ Para o levantamento do número de decisões que fizeram referência a esse julgado, *vide* “Plataforma de Referências”, “Supremo em Números”, FGV Direito Rio. Disponível em: <http://200.20.164.140/search?termo_busca=RE+466343>. Acesso em: 22 nov. 2017.

⁹⁷ Súmula nº 619, STF: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito. (*revogada*)”.

⁹⁸ Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 349.703-1, relator Ministro Carlos Britto e relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, julgado em 03 de dezembro de 2008, publicado no Diário Oficial em 05 de junho de 2009; Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 466.343-1, relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 03 de dezembro de 2008, publicado no Diário Oficial em 05 de junho de 2009; Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 87.585-8, relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 03 de dezembro de 2008, publicado no Diário Oficial em 26 de junho de 2009, voto do Ministro Celso de Mello nos referidos julgados, p. 27 de todos; CANÇADO TRINDADE, A., *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2ª ed. (Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003), p 513; PIOVESAN, F., *op. cit.*, p. 60.

Promulgação nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.⁹⁹ Todos os demais tratados incorporados ao ordenamento jurídico pátrio após 30 de dezembro de 2004,¹⁰⁰ data de promulgação da EC nº 45, não são paritários à Constituição, pois não seguiram o *iter* procedimental determinado pela EC nº 45.

Considerando-se, pois, que somente um tratado internacional de proteção dos direitos humanos é atualmente equiparado à emenda constitucional, questiona-se: qual é a hierarquia dos tratados incorporados após a EC nº 45 e que não obtiveram o quórum necessário para posicionarem-se paritariamente à Constituição Federal? O posicionamento previsto no julgamento do RE nº 466.343 se aplica também a esses casos?

Com relação a esse ponto, não há, até o presente momento, entendimento consolidado na jurisprudência do STF. Muito embora a referida emenda constitucional tenha inovado o ordenamento jurídico brasileiro ao inserir o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal – como meio de conferir maior efetividade aos tratados internacionais de proteção de direitos humanos – parece não ter sanado todas as dúvidas com relação à hierarquia desses tratados.

5 Considerações finais

A partir da análise da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, foi possível constatar que o direito internacional adentra no ordenamento jurídico pátrio após o *iter* procedimental complexo previsto pela Constituição Brasileira. O STF confirmou que a entrada em vigor de um ato internacional depende fundamentalmente da conjunção de vontades dos poderes Executivo e Legislativo, que culmina com a adoção do decreto de promulgação. Para o STF, apesar de a promulgação não estar prevista expressamente no texto constitucional, seria um reflexo da prática constitucional brasileira desde o império (ADI nº 1.480). Assim, qualquer mudança nas referidas regras, sobretudo no que tange aos atos adotados por organizações internacionais como o MERCOSUL, demandaria prévia habilitação constitucional.

⁹⁹ Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portaLegis/internacional/tratados-equivalentes-a-emendas-constitucionais-1>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

¹⁰⁰ Cabe destacar os seguintes tratados: Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – Decreto Legislativo nº 311, de 2009; Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes – Decreto nº 6.085, de 19 de abril de 2007; Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo – Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009; Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado – Decreto nº 8.767, de 11 de maio de 2016; Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia – Decreto nº 8.501, de 18 de agosto de 2015.

Especificamente no que se refere às organizações para a integração regional, o exemplo da União Europeia não permite confirmar tal tese. Isso porque a solução encontrada pelo Tribunal de Luxemburgo não dependeu de possíveis habilitações constitucionais, mas resultou de construção jurisprudencial.¹⁰¹ Desde muito cedo, o tribunal considerou que a natureza do direito comunitário excluía sua transformação ou recepção nos ordenamentos jurídicos nacionais, extraindo a primazia e o efeito direto da especificidade do direito comunitário com relação ao direito internacional clássico,¹⁰² mesmo na ausência de disposições explícitas dos tratados constitutivos. Vê-se, portanto, que a lacuna das constituições nacionais não impediu que o tribunal estabelecesse, desde a década de 1960, os princípios fundamentais capazes de guiar a relação entre o direito comunitário e os direitos nacionais.¹⁰³

No caso brasileiro, sabe-se que a Constituição de 1988 não foi revisada para permitir a adesão ao MERCOSUL. Sustenta-se que a existência de uma cláusula de habilitação para autorizar o pertencimento ao MERCOSUL com todas as consequências que dele decorrem seria desnecessária, como evidenciado pelo exemplo europeu.¹⁰⁴ No contexto mercosulino, os únicos textos constitucionais que contêm uma autorização explícita para a transferência de competências para uma organização supranacional são os da Argentina¹⁰⁵ e do Paraguai.¹⁰⁶ O Brasil¹⁰⁷

¹⁰¹ O primado do direito comunitário foi consagrado no julgamento Costa c. Enel e foi frequentemente reafirmado na sua sequência (T.J.C.E., 15 de julho de 1964, *Costa/E.N.E.L.*, Caso 6/64, *Rec.* p. 1.141). V. a este respeito ISAAC, G. "Primauté du droit communautaire", *Rép. Communautaire Dalloz*, out. 1997, p. 1-11 e MEHDI, R. *Ordre juridique communautaire – primauté du droit communautaire*, *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. 196, 3, 2006, p. 1-62.

¹⁰² T.J.C.E., 9 de março de 1978, *Simmenthal*, Caso 106/77, *Rec.* p. 629.

¹⁰³ As dificuldades encontradas, no entanto, não têm sido geralmente superadas pelas revisões constitucionais, mas sim pela evolução jurisprudencial conduzida pelos juízes constitucionais ou ordinários, que responderam, de maneira mais ou menos rápida e mais ou menos completa, às exigências comunitárias. Ver RIDEAU, J. *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, L.G.D.J., 4ª ed., Paris, 2002, p. 1.018).

¹⁰⁴ V., para o exemplo europeu, BERRANGER, T. *Constitutions nationales et construction communautaire*, L.G.D.J., Paris, 1995, p. 83-90; RIDEAU, J., *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, *op. cit.*, p. 1.093-1.146; CHALTIEL, F. *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français*, *Recherches sur la souveraineté de l'État membre*, L.G.D.J., 2000; MASCLLET, J.-C.; MAUS, D. (Org.), *Les constitutions nationales à l'épreuve de l'Europe*, Centre de recherches de droit constitutionnel - Paris 1, La Documentation française, 1993; RIDEAU, J. *Constitution et droit international dans les États membres des Communautés européennes*, *R.F.D.C.*, 1990, p. 280. Para mais detalhes sobre as habilitações constitucionais na integração mercosulina, v. PEROTTI, A. *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*, tomo I, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2004, p. 389 e PEROTTI, A. *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*, tomo II, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2004.

¹⁰⁵ V. artigos 75, §22, e 24 da Constituição da Nação Argentina de 1994.

¹⁰⁶ V. artigo 145 da Constituição da República do Paraguai de 1992.

¹⁰⁷ Para mais detalhes sobre a norma programática prevista na Constituição Brasileira e sobre a intenção da Assembleia Constituinte no instante da proposta deste artigo, v. FERREIRA, M. C., *op. cit.*, p. 34-35.

e o Uruguai¹⁰⁸ estão providos apenas de uma norma de caráter programático que estabelece simplesmente um objetivo a alcançar e que exige, para tanto, um complemento normativo. O MERCOSUL existe, portanto, independentemente de qualquer permissivo constitucional.

Verifica-se que o STF apenas transpôs as regras relativas à celebração dos tratados internacionais para aqueles decorrentes do MERCOSUL, preferindo manter uma jurisprudência que data do império em vez de adaptar-se à evolução das relações internacionais. Essa realidade não se limita ao MERCOSUL, sendo igualmente aplicável a todos os atos internacionais concluídos pelo país, já que a promulgação é uma exigência comum para a incorporação na ordem jurídica interna. O resultado é a manutenção de uma dualidade entre a entrada em vigor nas esferas internacional e interna, que expõe o país ao risco de responsabilizar-se internacionalmente.

Se o posicionamento do STF quanto à incorporação dos atos internacionais esbarra em exigências que não mais se coadunam com as demandas da sociedade internacional contemporânea, o mesmo ocorre com relação à aplicação do direito internacional pelos tribunais superiores brasileiros. De acordo com jurisprudência pacificada desde 1977, o STF equipara os tratados internacionais em geral à legislação infraconstitucional. A mesma prática não foi alterada mesmo após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o que significa que a legislação doméstica infraconstitucional posterior, em aplicação do critério cronológico, pode afastar a aplicação de um tratado internacional devidamente ratificado. É evidente que a contradição entre os atos internacionais e a legislação doméstica pode expor o país à responsabilização internacional.

Vimos que, apesar dessa regra geral, há casos que merecem tratamento diferenciado em função da matéria abordada, admitindo-se, com fundamento no critério da especialidade, a prevalência do tratado sobre a legislação ordinária. No ordenamento jurídico brasileiro, é conferido tratamento especial aos tratados que envolvem as seguintes matérias: extradição, direito do consumidor, direito tributário e direitos humanos. Em alguns casos, a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros oscilou entre conferir primazia ao tratado ou à legislação interna, sobretudo nas situações de ausência de dispositivo determinando expressamente a hierarquia das fontes de origem internacional com relação à legislação doméstica.

Situação diversa decorre da inovação advinda da edição da EC 45 no que tange aos tratados de direitos humanos e seu posicionamento no ordenamento jurídico brasileiro. Não é de surpreender que o posicionamento adotado pelos tribunais superiores brasileiros tenha sido recebido com alguma perplexidade por parte da

¹⁰⁸ V. artigo 6 da Constituição da República Oriental do Uruguai de 1997.

doutrina. Contrariamente à jurisprudência pátria, sustentou-se que seria possível considerar que todos os tratados de direitos humanos, independentemente de terem passado pelo rito previsto pelo §3º do art. 5º da CF, seriam materialmente constitucionais.¹⁰⁹ Ora, não seria razoável sustentar que os tratados de proteção dos direitos humanos já devidamente internalizados sejam recepcionados com o *status* de lei ordinária, enquanto os tratados incorporados após a EC nº 45 e sob o rito previsto no artigo 5º, §3º, ostentem hierarquia constitucional.¹¹⁰ Uma alternativa seria considerar a compulsoriedade do procedimento previsto no §3º, que seria seguido por todos os tratados de direitos humanos, conferindo-lhes *status* de emenda constitucional.¹¹¹

Assim, pode-se considerar que a previsão constitucional decorrente da inserção do §3º ao artigo 5º da Constituição representa uma involução. Isso porque a incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos como emendas constitucionais, a partir do rito prescrito no mencionado dispositivo constitucional, resulta na possibilidade de declaração de inconstitucionalidade dos mesmos caso colidam com alguma cláusula pétreia, por força do previsto no artigo 60, §4º, IV, da Constituição.¹¹² Ainda, ao Congresso Nacional é concedida a faculdade de, à sua livre escolha, decidir acerca da hierarquia que devem ostentar determinados tratados de direitos humanos em detrimento de outros tratados sobre a matéria, o que violaria a completude material do bloco de constitucionalidade.¹¹³ Tem-se, pois, uma ruptura da harmonia do sistema de integração dos tratados de direitos humanos ao serem criadas categorias jurídicas entre normas internacionais que ostentam o mesmo fundamento de validade.¹¹⁴

Por fim, cabe ressaltar que a discussão com relação às previsões conflitantes da Constituição Federal e do Pacto de São José da Costa Rica parece ter novamente voltado à discussão perante o STF. Foi pauta de julgamento no dia 04 de outubro de 2017 a possibilidade de candidatura sem filiação partidária, tendo como questão subjacente disposições conflitantes da Constituição Federal e do Pacto de São José da Costa Rica, assim como a discussão sobre o depositário infiel.¹¹⁵

¹⁰⁹ SARLET, I., *op. cit.*, p. 127; PIOVESAN, F., *op. cit.*, p. 78-79.

¹¹⁰ PIOVESAN, F., *op. cit.*, p. 72.

¹¹¹ SARLET, I., *op. cit.*, p. 130.

¹¹² BANDEIRA GALINDO, G. R. O §3º do art. 5º da Constituição Federal: um retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos no Brasil. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 6, n. 6, 2005, p. 127.

¹¹³ MAZZUOLI, V. O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua aplicabilidade. *Revista de Informação Legislativa*, a. 42, n. 167, jul./set. 2005, p. 100.

¹¹⁴ MAZZUOLI, V. O novo §3º do art. 5º..., *op. cit.*, p. 101.

¹¹⁵ Conforme o artigo 14, §3º, V, da Constituição Federal, é condição de exigibilidade, na forma da lei, a filiação partidária. O Pacto de São José da Costa Rica prescreve, por sua vez, em seu artigo 23, item 1, alínea a, que todos os cidadãos devem gozar do direito de participar da condução dos assuntos políticos diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos.

Contrariamente à exigência de filiação partidária prevista na Constituição Federal, o mencionado Pacto prevê que o cidadão deve poder se candidatar diretamente, sem necessidade de filiação partidária. Retoma-se o questionamento acerca da prevalência do tratado de proteção dos direitos humanos quando em conflito com uma previsão constitucional. O posicionamento da Corte sobre esse caso específico, o qual ainda não foi julgado, pode reforçar o entendimento atualmente pacificado ou ser um novo divisor de águas da jurisprudência nacional.

International and human rights law in the jurisprudence of Brazilian superior courts: an outdated practice

Abstract: The incorporation of International Law in Brazil is marked by an imbalance between the executive and legislative powers, typical of a country under a presidential regime. Once duly incorporated into national legislation according to constitutional requirements, international treaties are to be applied by the judiciary. However, there is no general constitutional provision establishing the rank of international treaties when confronted with domestic law. Most judgments dealing with this matter consider that, historically, international law's position within the internal legal order is equivalent to ordinary domestic law. This practice is clearly problematic and entails state's international responsibility, except in cases involving human rights, among others. Due to a constitutional reform of 2004, human rights treaties approved according to a specific *quorum* may hold different status compared to other treaties. The referred amendment has left room for ambiguity and has been criticized in its application by the Brazilian supreme courts. Taking this context into account, the current research intends to assess the current challenges regarding the application of International Law by Brazilian domestic tribunals.

Keywords: Incorporation. Brazil. International treaties. Application. Human rights treaties.

Summary: **1** Introduction – **2** The *treaty-making power* in the jurisprudence of the Federal Supreme Court – **3** The position of International Law vs. Infraconstitutional Law in the jurisprudence of the Federal Supreme Court – **4** The position of International Law vs. Constitutional Law in the jurisprudence of the Federal Supreme Court – **5** Final considerations – References

Referências

Livros e capítulos

ALBUQUERQUE MELLO, C. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ARAUJO, N. *Direito Internacional Privado Teoria e Prática Brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BASTOS, C. R. V. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3. ed. v. 4. t. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

- BERRANGER, T. *Constitutions nationales et construction communautaire*. Paris: L.G.D.J., 1995.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. Participação do Legislativo na celebração de tratados. Acordos por troca de notas, acordos em forma simplificada. Ressalvas a atos internacionais em vigor. In: MEDEIROS, A. P. C. (Org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. v. VIII. 1985-1990. Brasília: Senado Federal, 2004.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. *Repertório da prática diplomática brasileira do Direito Internacional Público: 1889-1898*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2012.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. *Repertório da prática diplomática brasileira do Direito Internacional Público: 1899-1918*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2012.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. *Repertório da prática diplomática brasileira do Direito Internacional Público, 1919-1940*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2012.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. *Repertório da prática diplomática brasileira do Direito Internacional Público, 1941-1960*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2012.
- CARNEIRO, L. Acordos por troca de notas. Quando é necessária a aprovação pelo Congresso Nacional. In: MEDEIROS, A. P. C. (Org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. v. IV, 1946-1951. Brasília: Senado Federal, 2000.
- CARREAU, D. *Droit international*. 9. ed. Paris: Pedone, 2007.
- CHALTIEL, F. *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français, Recherches sur la souveraineté de l'État membre*, Paris: L.G.D.J., 2000.
- DAILLER, P.; FORTEAU, M.; PELLET, A. *Droit International Public*. 8. ed. Paris: LGDJ, 2009.
- DOLINGER, J. *Direito Internacional Privado (Parte Geral)*. 6. ed. Renovar, 2002.
- FERREIRA FILHO, M. G. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. II. São Paulo: Saraiva, 1992.
- LAMOUNIER, B. A feitura da nova constituição: um reexame da cultura política brasileira. In: LAMOUNIER, B. (Org.). *De Geisel a Collor: o balanço da transição*. São Paulo: Ed. Sumaré, 1990.
- MARTINEZ-LARA, J. *Building Democracy in Brazil: Politics of Constitutional Change, 1985-1995*. New York: St. Martin's Press, 1996.
- MASCLET, J.-C.; MAUS, D. (Org.). *Les constitutions nationales à l'épreuve de l'Europe*, Centre de recherches de droit constitutionnel - Paris 1, La Documentation française, 1993.
- MEDEIROS, A. P. C. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.
- MEDEIROS, A. P. C. Vigência no ordenamento jurídico brasileiro das normas emanadas dos órgãos do MERCOSUL com capacidade decisória. In: BASSO, M.; PRADO, M. A.; ZAITZ, D. *Direito do Comércio Internacional*. Curitiba: Juruá, 2008.

MOSLER, H. L'application du droit international public par les tribunaux nationaux. *R.C.A.D.I.*, 1957-I, n. 91, p. 625-709.

PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA DE ARAUJO, J. H. *A processualística dos Atos Internacionais*. Rio de Janeiro: Ministério de Relações Exteriores, 1958.

PEROTTI, A. *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*. tomo I. Montevideú: Konrad Adenauer Stiftung, 2004.

PEROTTI, A. *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*. tomo II. Montevideú: Konrad Adenauer Stiftung, 2004.

RIDEAU, J. *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*. 4. ed. Paris: L.G.D.J., 2002.

SARLET, I. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

VALLADAO, H. V. Conceito moderno de ratificação dos tratados e convenções, democrático, originário do Direito Internacional americano. In: MEDEIROS, A. P. C. (Org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. v. VI, 1961-1971. Brasília: Senado Federal, 2008.

VIRALLY, M. Unilateral acts of international organizations. In: BEDJAOU, M. (Org.). *International law: achievements and prospects*. Dordrecht: Ed. Martinus Nijhoff, 1991.

Artigos

ACCIOLY, H. A ratificação e a promulgação dos tratados, em face da Constituição Federal Brasileira. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, ano IV, n. 7, jan./jun. 1948.

ACCIOLY, H. Ainda o problema da ratificação dos tratados, em face da Constituição Federal Brasileira. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, ano VII, n. 13-14, jan./dez. 1951.

BANDEIRA GALINDO, G. R. O §3º do art. 5º da Constituição Federal: um retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos no Brasil. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 6, n. 6, 2005.

CÂMARA, J. S. A conclusão dos tratados internacionais e o direito constitucional brasileiro. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, n. 69/71, 1987-1989.

FERREIRA, M. C. Os processos constituintes de 1946 e 1988 e a definição do papel do Congresso Nacional na política externa brasileira. *Revista Brasileira de Política Internacional*, n. 53, v. 2, 2010.

ISAAC, G. Primauté du droit communautaire. *Rép. Communautaire Dalloz*, out. 1997.

MAZZUOLI, V. A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, a. 37, n. 147, jul./set. 2000.

MAZZUOLI, V. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, a. 37, n. 148, out./dez. 2000.

MAZZUOLI, V. O poder legislativo e os tratados internacionais (o *treaty-making power* na Constituição brasileira de 1988). *Revista de Informação Legislativa*, a. 38, n. 150, abr./jun. 2001.

MAZZUOLI, V. O Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas. *Revista de Informação Legislativa*, a. 39, n. 154, abr./jun. 2002.

MAZZUOLI, V. O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua aplicabilidade. *Revista de Informação Legislativa*, a. 42, n. 167, jul./set. 2005.

MAZZUOLI, V. Eficácia e aplicabilidade dos tratados em matéria tributária no Direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, a. 44, n. 175, jul./set. 2007.

MEHDI, R. Ordre juridique communautaire – primauté du droit communautaire. *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. 196, 3, 2006.

RIDEAU, J. Constitution et droit international dans les États membres des Communautés européennes. *R.F.D.C.*, 1990.

ROCHA, A. R. Acordos internacionais: quando é desnecessária a aprovação pelo Congresso Nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, ano XXIV, n. 47-48, Rio de Janeiro, jan./dez. 1968.

VALLADAO, H. Aprovação de ajustes internacionais pelo Congresso Nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, ano VI, n. 11-12, jan./dez. 1950.

VALLADAO, H. Necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional de acordo internacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, ano XXV, n. 49-50, jan./dez. 1969.

WOJCIKIEWICZ ALMEIDA, P.; PEREIRA, M. F. L. As obrigações decorrentes da assinatura de um tratado internacional: noções preliminares. In: *Estudos de Direito Internacional*, vol. XX, Anais do 8º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, ed. Juruá, Curitiba, 2010.

WOJCIKIEWICZ ALMEIDA, P.; PEREIRA, M. F. L. Revisitando os efeitos da assinatura de um tratado internacional: da obrigação de boa-fé à sujeição internacional do Estado. *Revista DIREITO GV*, v. 9, n. 1, jan./jun. 2013.

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal (STF)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 7, relator Ministro Canuto Saraiva, julgado em 07 de janeiro de 1914.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível nº 7.872, relator Ministro Philadelpho de Azevedo, julgado em 11 de outubro de 1943.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível nº 9.587, relator Ministro Lafayette de Andrada, julgada em 21 de agosto de 1951, publicada no Diário Oficial em 18 de outubro de 1951.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 71.154, relator Ministro Oswaldo Trigueiro, julgado em 04 de agosto de 1971, publicado no Diário Oficial em 25 de agosto de 1971.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 51.977, relator Ministro Carlos Thompson Flores, julgado em 13 de março de 1974, publicado no Diário Oficial em 05 de abril de 1974.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 80.004, relator Ministro Xavier de Albuquerque, julgado em 1º de junho de 1977, publicado no Diário Oficial em 29 de dezembro de 1977.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 90.824, relator Ministro Moreira Alves, julgado em 25 de junho de 1980, publicado no Diário Oficial em 19 de setembro de 1980.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 58.727, relator Ministro Soares Muñoz, julgado em 18 de março de 1981, publicado no Diário Oficial em 03 de abril de 1981.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 426-3 - Estados Unidos da América, relator Ministro Rafael Mayer, julgado em 04 de setembro de 1985, publicado no Diário Oficial em 28 de outubro de 1985.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 72.131-1, relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 23 de novembro de 1995, publicado no Diário Oficial em 1º de agosto de 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 662-2 República do Peru, relator Ministro Celso de Mello, julgado em 28 de novembro de 1996, publicado no Diário Oficial em 30 de maio de 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 8.279-4, relator Ministro Celso de Mello, julgado em 17 de junho de 1997, publicado no Diário Oficial em 10 de agosto de 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 206.482, relator Ministro Maurício Corrêa, julgado em 27 de maio de 1998, publicado em 05 de setembro de 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 243.613, relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 19 de fevereiro de 1999, publicado em 10 de setembro de 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 214.349, relator Ministro Moreira Alves, julgado em 13 de abril de 1999, publicado no Diário Oficial em 11 de junho de 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480, relator Ministro Celso de Mello, julgada em 04 de setembro de 1997, publicada no Diário Oficial em 18 de maio de 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.600-8, relator Ministro Sydney Sanches, julgada em 26 de novembro de 2001, publicada no Diário Oficial em 20 de junho de 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 297.901/RN, relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 07 de março de 2006, publicado no Diário Oficial em 31 de março de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 229.096-0, relator Ministro Ilmar Galvão, julgado em 16 de agosto de 2007, publicado no Diário Oficial em 10 de abril de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 562.051-4, relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 14 de abril de 2008, publicado no Diário Oficial em 12 de setembro de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349.703-1, relator Ministro Carlos Britto e relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, julgado em 03 de dezembro de 2008, publicado no Diário Oficial em 05 de junho de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1, relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 03 de dezembro de 2008, publicado no Diário Oficial em 05 de junho de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 87.585-8, relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 03 de dezembro de 2008, publicado no Diário Oficial em 26 de junho de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Avulsa na Extradicação 1.085 da República Italiana, relator Ministro Gilmar Mendes e Relator do Acórdão Ministro Luiz Fux, julgado em 08 de junho de 2011, publicado no Diário Oficial em 03 de abril de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 766.618, relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 25 de maio de 2017, publicado no Diário Oficial em 13 de novembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331, relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 25 de maio de 2017, publicado no Diário Oficial em 13 de novembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 460.320, relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 31 de agosto de 2011, publicado no Diário Oficial em 17 de outubro de 2017. Ainda não julgado pelo plenário.

Superior Tribunal de Justiça (STJ)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 58.736, relator Ministro Eduardo Ribeiro, julgado em 13 de dezembro de 1995, publicado no Diário Oficial em 29 de abril de 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 169.000, relator Ministro Paulo Costa Leite, julgado em 04 de abril de 2000, publicado no Diário Oficial em 14 de agosto de 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 76.855, relator Ministro Ari Pargendler, julgado em 26 de setembro de 2000, publicado no Diário Oficial em 18 de dezembro de 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 171.506, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 05 de março de 2001, publicado no Diário Oficial em 05 de março de 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 173.526, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 22 de maio de 2001, publicado no Diário Oficial em 27 de agosto de 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 258.185, relator Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 08 de maio de 2001, publicado no Diário Oficial em 15 de outubro de 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 269.353, relator Ministro Castro Filho, julgado em 24 de abril de 2002, publicado no Diário Oficial em 17 de junho de 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 329.520, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 24 de junho de 2002, publicado no Diário Oficial em 02 de setembro de 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 552.553, relator Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 12 de dezembro de 2005, publicado no Diário Oficial em 31 de fevereiro de 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.343.941, relator Ministro Vasco Della Giustina, julgado em 18 de novembro de 2010, publicado no Diário Oficial em 25 de novembro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.334.215, relator Ministro Vasco Della Giustina, julgado em 26 de abril de 2011, publicado em 10 de maio de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1060792, relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 17 de novembro de 2011, publicado no Diário Oficial em 24 de novembro de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.161.467, relator Ministro Castro Meira, julgado em 17 de maio de 2012, publicado no Diário Oficial em 01 de junho de 2012.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

WOJCIKIEWICZ ALMEIDA, Paula; GOMES, Maria Luiza Belmiro. O direito internacional e os direitos humanos na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros: a manutenção de uma lógica ultrapassada. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 12, n. 38, p. 75-110, jan./jun. 2018.

Submetido: 04.01.2018

Pareceres: 22.01.2018, 04.02.2018

Aprovado: 15.02.2018