

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

O efeito direto das normas internacionais consuetudinárias no ordenamento jurídico
brasileiro

Ana Carolina Barbosa Kiritschenko

Orientador: Prof. Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias

RIBEIRÃO PRETO

2017

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

O efeito direto das normas internacionais consuetudinárias no ordenamento jurídico brasileiro

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Graduação em Direito, da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias.

RIBEIRÃO PRETO

2017

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

K58e	<p>Kiritschenko, Ana Carolina Barbosa O efeito direto das normas internacionais consuetudinárias no ordenamento jurídico brasileiro / Ana Carolina Barbosa Kiritschenko; orientador Caio Gracco Pinheiro Dias. -- Ribeirão Preto, 2017. 64 p.</p> <p>Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação - Departamento de Direito Público) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2017.</p> <p>1. DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. 2. COSTUME INTERNACIONAL. 3. INTERNALIZAÇÃO DO DIREITO CONSUETUDINÁRIO INTERNACIONAL. 4. EFEITO DIRETO DO COSTUME INTERNACIONAL. I. Dias, Caio Gracco Pinheiro, orient. II. Título</p>
------	---

FOLHA DE APROVAÇÃO

Ana Carolina Barbosa Kiritschenko

O EFEITO DIRETO DAS NORMAS INTERNACIONAIS CONSUECUDINÁRIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado à Faculdade de Direito de
Ribeirão Preto da Universidade de São
Paulo, como parte das exigências para a
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Ribeirão Preto, ____ de _____ de ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias

Orientador

Prof. Dr. _____

Julgador

Aos meus avós que tanto me apoiaram e nunca desistiram de mim, mesmo nos momentos mais difíceis.

AGRADECIMENTOS

O Trabalho de Conclusão de Curso é um dos momentos mais difíceis da graduação, é a última barreira a ser vencida para que o aluno possa ser considerado bacharel. É também um divisor de águas promovendo o amadurecimento daquele aluno ingênuo do começo do curso.

Escrever uma monografia não é fácil, é um caminho árduo e longo a ser percorrido, mas o fardo se torna mais leve com a presença de algumas pessoas e de seus pequenos atos.

Com isso gostaria de agradecer a todos que me ajudaram a trilhar esse caminho, todos que estiveram presentes nesse um ano de dedicação e batalha. Primeiramente gostaria de agradecer minha família porque sem seu apoio eu não conseguiria chegar onde estou.

Gostaria também de agradecer meus amigos que me apoiaram, foram meus confidentes e me animaram nos momentos mais difíceis: Ingrid Ohana, Maria Clara do Amaral, Guilherme Godoy, Tomomi Inoue, Giovana de Almeida, Lya Maeda, Isa Velasco, Sabrina Shin. Obrigada por compreender a situação e estar lá em todos os momentos.

Um agradecimento especial ao meu orientador, Caio Gracco Pinheiro Dias, que me guiou nesses dois anos de pesquisa e teve paciência e compreensão com minhas dificuldades. Sem ele eu não teria escrito nem metade do TCC.

Por fim gostaria de agradecer todos meus professores que me inspiraram e me fizeram me apaixonar pelo Direito e me mostraram o poder que temos para ajudar a melhorar a vida das pessoas, principalmente as das que tem poucas condições.

“Mais, que tous les enfants le sachent bien, avec de l'ordre, du zèle, du courage, il n'est pas de situations, si périlleuses soient-elles, dont on ne puisse se tirer”
(Jules Verne, *Deux ans de vacance*, 1888).

RESUMO

O presente trabalho buscou estudar o efeito direto do costume internacional no ordenamento jurídico brasileiro. Através de um levantamento jurisprudencial foi possível analisar como um juiz decidia diante da omissão do ordenamento pátrio quanto a recepção do direito consuetudinário internacional. A relevância da pesquisa reside na falta de estudos nessa seara, diferentemente do que ocorre com a recepção dos tratados internacionais e, apesar de ter menos ocorrência, os casos práticos são importantes por lidar diretamente com direitos fundamentais previstos na Constituição. O foco do trabalho será identificar o fundamento utilizado pelos magistrados nacionais para utilizar o costume internacional em suas decisões.

Palavras-Chave: costume internacional, direito consuetudinário internacional, direito internacional público, imunidades de Estado, imunidade de jurisdição.

ABSTRACT

The current work studied the direct effect of the international custom on the Brazilian legal system. Through a survey of jurisprudence, it was possible to analyse the way a national judge decided before the absence of specific rules of the international custom's reception on the legal system. The importance of this research lies on the lack of studies on this area, unlike treaties which are highly researched. Despite of occurring in rare occasions, the cases have their importance on the grounds of dealing directly with fundamental rights provided by the Constitution. The focus of this monograph will be to identify the rationale used by national magistrates to apply international custom in their decisions.

Key words: international custom, international customary law, public international law, State immunity, jurisdictional immunity.

Lista de abreviaturas e siglas

CIJ	Corte Internacional de Justiça
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CVRC	Convenção de Viena sobre Relações Consulares
CVRD	Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas
EUA	Estados Unidos da América
ICJ	International Court of Justice
IO	International Organisation
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
OEA	Organização dos Estados Americanos
OI	Organização Internacional
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TST	Tribunal Superior do Trabalho
US	United States
USP	Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

Introdução	16
Metodologia	19
1. Costume	21
1.1. A norma consuetudinária no cenário internacional	21
1.2. Definição.....	22
1.3. Processo de codificação	25
1.4. Importância na atualidade	26
2. As imunidades do Estado estrangeiro	27
2.1. Definição.....	27
2.2. The Schooner Exchange v McFaddon	28
2.3. Teoria da imunidade relativa	29
2.4. Posição da Corte Internacional de Justiça	31
2.5. Imunidade frente aos direitos humanos	32
2.6. Codificação do costume.....	33
3. A incidência da norma internacional no plano interno	36
3.1. Teorias Monista e Dualista	36
3.2. Teoria Pluralista.....	39
3.3. O efeito direto	40
4. O Judiciário brasileiro e o Direito Internacional	41
4.1. A Constituição e o Direito Internacional	41
4.2. Os tratados	41
4.3. O costume	43
5. A norma consuetudinária internacional e o seu uso pelas Cortes Superiores. 45	
5.1. As imunidades do Estado estrangeiro e sua aplicação nas Cortes.....	45
6. A fundamentação do uso do costume internacional	47

6.1. Interpretação sistemática da Constituição Federal	48
6.2. A internalização da norma consuetudinária internacional	49
6.3. O juiz nacional como sujeito de direito internacional	54
Conclusão	55
Referências	57

INTRODUÇÃO

O intenso processo de globalização e abertura do Brasil nas últimas décadas tem exposto o país a diversas normas do Direito Internacional. Apesar da existência dos tratados no plano internacional, o caráter voluntarista da sociedade internacional e a dinamicidade das relações entre os Estados fazem com que eles não consigam abranger todas as matérias passíveis de discussão e conflito. Assim, nota-se a importância das normas não convencionais, que complementam a regulação das relações internacionais.

Dentre as normas não convencionais, pode-se encontrar, no rol exemplificativo (MAZZUOLI, 2013, p. 122; Cf. SHAW, 2008, p. 70–71) do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ), o costume internacional definido como “evidência de uma prática geral aceita como direito”¹. Esta fonte primária do Direito Internacional tem grande importância, principalmente, por sua abrangência, sendo mesmo, historicamente, a base da formação do direito internacional, na medida em que os Estados desde sempre reconheceram a obrigatoriedade dos comportamentos reiterados, ainda que omissivos, aceitos como sendo o direito; considerando a heterogeneidade da sociedade internacional, ele se torna essencial para o processo de globalização (SHAW, 2008, p. 71–74).

Ressalta-se que, a princípio, não há hierarquia entre tratados e costumes, ou seja, no plano internacional, é possível que um derroge o outro, salvo quando se tratar de norma imperativa de direito internacional geral, ou *jus cogens*², a qual prevalece sobre outras normas internacionais em caso de conflito (MAZZUOLI, 2013, p. 135).

Conforme exposto por Antonio Cassese em seu curso na Academia de Haia, o Direito Internacional depende de sua implementação no direito interno, ou seja, para serem eficazes, as normas internacionais devem ser incorporadas ao direito interno de modo a obrigar os indivíduos dentro do Estado, em especial aqueles cuja conduta pode significar, no plano internacional, cumprimento ou descumprimento de obrigações internacionais. Este processo de implementação, regulado pelo direito interno, varia entre Estados, ora afastando, ora sujeitando essas normas à vontade do Estado. As regras costumeiras, não menos que as convencionais,

¹ “Evidence of a general practice accepted as law”.

² O art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, disciplina que “para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”.

também dependem desse processo de implementação para serem eficazes (CASSESE, 1985, p. 331–476).

Segundo Cassese, as constituições nacionais podem ser classificadas, a depender da maneira como se referem ao costume internacional, em quatro grandes grupos: aquelas que a ele se referem expressamente, determinando sua aplicação; constituições que a ele não fazem qualquer referência; aquelas que qualificam sua aceitação das normas internacionais, seja condicionando essa aceitação à compatibilidade com certos valores ou interesses, seja se referindo concomitantemente à Carta das Nações Unidas; e, por fim, as constituições que, ao tratar sobre Direito Internacional, transcrevem o texto da Carta das Nações Unidas ou os princípios internacionais reconhecidos por ela (Ibid. 1985, p. 331–476).

A Constituição Federal do Brasil é omissa quanto ao costume, contudo, em seu art. 4º, lista vários princípios que dirigem as relações internacionais da República. Por isso, pode-se entendê-la como pertencendo à última categoria, desde que se interprete esse dispositivo como algo mais do que uma mera orientação de política exterior, abrangendo também os conflitos submetidos ao judiciário nacional. Quanto ao momento em que as normas consuetudinárias se incorporam ao direito brasileiro e quanto ao status que nele adquirem, não há qualquer dispositivo. Os arts. 5º, §§2º e 3º, 49, I, e 84, VIII, da Constituição regulam apenas o modo pelo qual o país se obriga a um tratado, além de conferir status supralegal e constitucional aos tratados sobre direitos humanos³. Nota-se, também, que a jurisprudência nacional confere paridade normativa, aos demais tratados, com lei ordinária federal⁴, mas não lhes permitem, aqui englobando todos os tratados, efeito direto⁵, como se vê da seguinte decisão:

A inexistência de uma cláusula geral de recepção plena torna inviável, no sistema de direito constitucional positivo vigente no Brasil, a aplicabilidade imediata das normas convencionais, inclusive daquelas consubstanciadas em atos, acordos, protocolos ou tratados celebrados no âmbito do MERCOSUL, razão pela qual – como precedentemente enfatizado – não se revelam invocáveis, na prática jurídica brasileira,

³ A jurisprudência brasileira confere aos tratados de direitos humanos um status supralegal, mas infraconstitucional, como pode ser observado no voto do Min. Gilmar Mendes. O Min. Celso de Mello, voto vencido neste quesito, defende o status constitucional a esses tratados.

⁴ STF, RE 80004, Rel. Min. Xavier de Albuquerque (Pleno, v.u., j. 01/06/1977). Cf. tb. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público. 7a ed. rev ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 393.

⁵ O efeito direto, primeiramente apontado na decisão da Corte Europeia de Justiça no caso Van Gend en Loos, ocorre quando uma norma internacional é utilizada de forma direta em uma decisão nacional, sem mediação do direito interno. André Nollkaemper lhe atribuiu um conceito mais abrangente, a utilização de normas internacionais não integrantes de determinado ordenamento jurídico nacional para proteção de direitos individuais. “One particular manifestation of a broader practice where national courts use international law to mediate a power struggle between states and private parties” (NOLLKAEMPER, 2014, p. 108).

nem o princípio do efeito direto, nem o postulado da aplicabilidade imediata dos pactos internacionais (STF, AgRg CR 8279-4, Rel. Min. Celso de Mello, pleno, v.u., j. 17/06/1998).

Decorre do trecho acima que os tratados não têm efeito direto no Brasil, pois, para produzirem efeitos no ordenamento jurídico interno, devem ser objeto de decreto de promulgação publicado no Diário Oficial. Assim, o Ministro conclui que o país adota, com relação aos tratados, uma posição dualista moderada, em consonância com jurisprudência e a doutrina, pois, conforme argumenta, há uma série de formalidades para a incorporação da norma internacional, caracterizando uma incorporação mediata (MAZZUOLI, 2013, p. 108; Cf. LUPI, 2009, p. 29–45).

Deste precedente, contudo, não se pode concluir que, se negado o efeito direto aos tratados, o mesmo tenha sido decidido no que toca ao costume internacional, que não foi objeto da análise do Min. Celso de Mello; na verdade, em relação às normas consuetudinárias, pode-se afirmar que o Judiciário brasileiro não entende que precisem de incorporação para serem aplicadas internamente (LUPI, 2009, p. 38–39). Mais: da jurisprudência mencionada não decorre indicação sobre o status do costume no direito brasileiro, podendo-se apenas inferir que, por falta de previsão específica, ao costume não se aplicam as disposições do art. 5º, §§2º e 3º, que elevam os tratados de direitos humanos à categoria de normas supralegais ou constitucionais, dependendo do caso⁶, evitando a menção ao costume internacional.

O que se tem, então, é um quadro de aparente lacuna normativa em relação ao costume internacional, ao qual o direito positivo brasileiro não se refere, como se não existisse. O quadro não é diferente na doutrina, cuja divisão entre monistas e dualistas, conforme apontado por Valério de Oliveira Mazzuoli e Eileen Denza, foca nos tratados a sua explicação sobre o relacionamento entre ordenamento jurídico interno e internacional (DENZA, 2010, p. 424; MAZZUOLI, 2013, p. 92). Denza completa que, aparentemente, os ordenamentos nacionais aceitam os costumes e que o resultado será o mesmo, com ou sem previsão de sua incorporação no direito nacional (DENZA, 2010, p. 424). Mas a doutrina não se aprofunda nesta análise e os costumes, assim como as demais normas não convencionais, acabam sendo ignorados pela doutrina constitucionalista majoritária por considerarem que, no panorama atual, estão ficando defasados por conta da maior certeza e segurança que os tratados, por serem escritos, oferecem.

⁶ Tal situação também ocorre na França e neste país o Conseil d'État estabelece que o costume internacional não necessariamente é igualado à posição hierárquica dos tratados no ordenamento interno, mas produz efeitos no direito interno (CONSEIL D'ÉTAT, [s.d.]).

Deve-se atentar, contudo, que o Direito Internacional é heterogêneo e fragmentário, o que faz com que as normas não convencionais, dentre elas o costume, regulem matérias que não estão sob a égide de um tratado. Dentre estas matérias, podem-se citar os casos que envolvam imunidades de jurisdição e execução dos Estados, em que os tribunais nacionais recorrem às normas consuetudinárias para motivar suas decisões⁷.

Verifica-se, por conseguinte, que mesmo pouco explorados pela doutrina e não abarcados pela legislação, os tribunais nacionais decidem em conformidade com o costume internacional reconhecendo sua obrigatoriedade tacitamente, caracterizando um efeito direto. Assim, é seguro afirmar que o costume internacional é recepcionado pelo direito brasileiro, apesar da omissão existente.

No entanto, a decisão de um juiz nacional pode não necessariamente refletir o costume internacional. Nos casos envolvendo imunidade de jurisdição, o magistrado procurou realizar um levantamento da prática internacional para averiguar a existência de um costume, mas sua interpretação, sobre a existência deste ou não, não tem valor de autoridade do direito internacional. É dizer que apesar do juiz nacional entender que o costume internacional se aplica de certa maneira, a norma em si pode implicar uma aplicação diversa, pois ele não tem competência para dizer o que é o direito no âmbito internacional. Portanto, apesar do costume internacional ter efeito direto no ordenamento jurídico brasileiro, sua aplicação é passível de erro porque quem o aplica realiza uma autointerpretação, o aplica como sujeito de direito internacional.

METODOLOGIA

Por haver poucos casos de incidência do costume internacional no ordenamento jurídico interno, elegeu-se as imunidades do Estado estrangeiro para realizar o levantamento jurisprudencial por ser o mais comum dentre eles. O método utilizado foi o indutivo, realizando em um primeiro momento o estudo bibliográfico de diversas obras sobre o tema ora estudado seguido da análise dos casos encontrados.

⁷ TST OJ 416. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. ORGANIZAÇÃO OU ORGANISMO INTERNACIONAL. As organizações ou organismos internacionais gozam de imunidade absoluta de jurisdição quando amparados por norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, **não se lhes aplicando a regra do Direito Consuetudinário relativa à natureza dos atos praticados. Excepcionalmente, prevalecerá a jurisdição brasileira na hipótese de renúncia expressa à cláusula de imunidade jurisdicional.** (grifo nosso).

O levantamento jurisprudencial foi realizado no próprio sistema de busca de jurisprudência dos tribunais superiores, STF, STJ e TST, utilizando as palavras chaves “direito internacional”, “costume internacional”, “imunidades de Estado” e “imunidades de jurisdição”. Após, procurou-se delimitar os casos aos posteriores à promulgação da Constituição de 1988. Como resultado, foram encontrados 169 (cento e sessenta e nove) acórdãos pertinentes ao assunto.

A presente monografia está estruturada em duas grandes partes: a primeira se preocupa em estudar o costume internacional na doutrina relevante e na jurisprudência internacional, detendo-se no estudo das imunidades de Estado; já a segunda é a efetiva análise do levantamento jurisprudencial e suas conclusões.

O primeiro capítulo apresenta de uma maneira sucinta a norma consuetudinária internacional, apresentando uma visão geral do costume e sua posição dentre as normas internacionais e analisando algumas de suas nuances e discussões no campo doutrinário. Após, o capítulo se debruça sobre o fenômeno da codificação, cada vez mais presente no direito internacional e apresentara o atual papel do costume na comunidade internacional. Apesar da codificação e da preferência aos tratados, a norma consuetudinária ainda continua presente e ganhando importância em determinados temas internacionais.

Em seguida, o capítulo 2 irá abordar com mais atenção a norma consuetudinária internacional sobre as imunidades do Estado estrangeiro, ou seja, a impossibilidade do Estado alienígena ser acionado perante as cortes nacionais de outro, demonstrando os fundamentos da existência dessa norma e sua origem com o caso americano *The Schooner v. McFaddon*, tratado em um item próprio. Oportunamente, será analisada a mudança deste costume de absoluto para relativo, permitindo que os Estados respondam em cortes nacionais estrangeiras sem expressar consentimento para tal, e o entendimento da CIJ sobre a matéria, que analisou o assunto no caso *Germany v. Italy: Greece intervening* que inclusive analisou o conflito entre o costume e as normas *jus cogens*. Com isso, inicia-se o novo item que apresentará a dicotomia entre direitos humanos e imunidades estatais.

Por fim, será analisada a tentativa de codificação do costume seguindo a teoria da relativização com o *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*. O tratado em questão não entrou em vigor por não ter recebido ratificações suficientes, mas ainda assim serve para evidenciar a prática costumeira.

O capítulo 3 apresentará o embasamento teórico utilizado ao se analisar a relação entre direito interno e internacional. Em um primeiro momento são expostas as teorias clássicas do direito internacional: monismo e dualismo, que têm como expoentes Hans Kelsen e Carl H. Triepel, respectivamente. A abordagem será realizada de maneira holística e perpassando pelas principais diferenças entre ambas. Em seguida, tentar-se-á superar essas teorias justificando que apesar de ter forte valor histórico e filosófico, elas não são relevantes para o atual direito internacional e suas relações com os direitos nacionais.

Além disso, será demonstrada uma alternativa para a análise da já referida relação sendo ela a teoria pluralista, a existência de diversos sistemas hierárquicos autônomos que estão em constante interação entre si. Por fim, será apresentado o conceito de efeito direto e sua importância para o sistema como um todo.

A partir do capítulo 4 a atenção será voltada para o ordenamento jurídico brasileiro, iniciando-se com um estudo sobre a forma como a Constituição brasileira aborda o direito internacional, diferenciando tratado de costume. Após será feita uma comparação do ordenamento jurídico brasileiro com os demais Estados, verificando suas semelhanças e diferenças.

No capítulo 5 será analisado o modo como as cortes superiores, STF, STJ e TST, abordam a imunidade de jurisdição em suas decisões, através da análise jurisprudencial.

Por fim, o capítulo 6 irá se preocupar em tentar encontrar o fundamento utilizado pelo juiz nacional para aplicar o costume internacional nos casos práticos e em demonstrar que independentemente disso o Brasil pode cometer um ilícito internacional, pois a interpretação do costume internacional pelo magistrado não é uma heterointerpretação já que o mesmo não é autoridade de direito internacional.

1. COSTUME

1.1. A norma consuetudinária no cenário internacional

Há um consenso na doutrina de direito internacional público acerca da importância do art. 38, 1, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ) uma vez que nele se encontram as fontes do direito internacional.

Art. 38 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito⁸.

A partir de uma leitura do referido dispositivo se depreende que as normas internacionais se dividem em convencionais, ou seja, escritas e não convencionais, sendo aquelas os tratados e estas as demais normas elencadas no artigo. E são nas normas não convencionais, mais precisamente no art. 38, 1, b, do Estatuto onde se posiciona o costume internacional, considerado uma fonte formal do direito internacional pois possui um processo de elaboração autônomo com relação aos demais da área (DAILLER; FORTEAU; PELLET, 2009, p. 353).

Por se tratar de um processo contínuo, os costumes estão sempre acompanhando a sociedade e sua formação está cada vez mais rápida, mas como contraponto sua formação ainda depende de Estados mais influentes, sendo moldado conforme o interesse destes (MELLO, 2000, p. 297; SHAW, 2008, p. 79).

1.2. Definição

A definição da norma consuetudinária internacional pode ser encontrada no art. 38, 1, b, do Estatuto da CIJ, sendo elucidada como uma evidência de uma prática comum aceita como direito. Nessa definição podem ser encontrados os dois elementos apontados pela doutrina majoritária como formadores do costume: prática reiterada (natureza material) e *opinio juris* (natureza subjetiva).

Segundo Malcolm Shaw, a evidência para a prática reiterada pode ser retirada de uma grande diversidade de fontes, tais como atos administrativos, prática governamental ou de organizações internacionais e diplomática, legislações internas, decisões nos tribunais e

⁸ Art. 38 1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law; c. the general principles of law recognized by civilized nations ; d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

atividades na seara internacional até notas em Resoluções da Assembleia Geral da ONU e comentários do governo feitos em drafts da Comissão de Direito Internacional (Cf. ROUSSEAU, 1987, p. 82–84; SHAW, 2008, p. 82–83).

O internacionalista Charles Rousseau enumera três características para reconhecer a prática internacional: comum⁹; uniforme¹⁰; e evolutiva ou suscetível de evolução¹¹. É dizer que tal prática deve ser resultado de precedentes, ser semelhante entre as ações praticadas pelos Estados ou organismos internacionais e estar sempre em evolução, não permanecendo estática como as normas ditas convencionais (ROUSSEAU, 1987, p. 78–79).

Em contrapartida, a *opinio juris* se traduz como a convicção de que a realização da prática é obrigatória e que sua violação pode vir a acarretar uma responsabilização no plano internacional. A importância deste elemento jaz no seu papel de efetivamente caracterizar o costume internacional, diferenciando-o do uso ou cortesia internacional. Antonio Cassese explica de forma pormenorizada este elemento:

Geralmente, uma prática evolui entre certos Estados sob o impulso econômico, político, ou por demandas militares. Nesse estágio a prática pode então ser vista como sendo imposta por necessidades sociais ou econômicas ou políticas (*opinio necessitates*). Se ela não encontra uma oposição forte e consistente de outros Estados mas é cada vez mais aceita, or aquiescida, uma norma costumeira gradualmente se cristaliza. Neste último estágio é possível sustentar que a prática é ditada pelo direito internacional (*opinio juris*). Em outras palavras, agora os Estados começam a acreditar que eles devem agir em conformidade com a prática não somente, ou não apenas, em razão de considerações econômica, política ou militar, mas porque uma norma internacional os obrigam a tal¹². (CASSESE, 2005, p. 157).

Importante ressaltar que a doutrina clássica partia da evidência de uma prática geral dos Estados, para comprovar o elemento psicológico e, conseqüentemente, a *opinio juris* enquanto

⁹ “Une pratique commune, résultant de précédents, c’est-à-dire de la répétition d’actes concluants” (ROUSSEAU, 1987, p. 78–79).

¹⁰ “Une pratique obligatoire, c’est-à-dire qu’elle doit être acceptée comme étant le droit, comme correspondant à une nécessité juridique” (Ibid. 1987, p. 78).

¹¹ “Une pratique évolutive. Ce manque de fixité achève de distinguer le droit coutumier du droit conventionnel, qui est beaucoup plus stable et par suite beaucoup plus impératif” (Ibid. 1987, p. 78).

¹² Usually, a practice evolves among certain States under the impulse of economic, political, or military demands. At this stage the practice may thus be regarded as being imposed by social or economic or political needs (*opinio necessitates*). If it does not encounter strong and consistent opposition from other States but is increasingly accepted, or acquiesced in, a customary rule gradually crystallizes. At this later stage it may be held that the practice is dictated by international law (*opinio juris*). In other words, now States begin to believe that they must conform to the practice not so much, or not only, out of economic, political, or military considerations, but because an international rule enjoins them to do so.

que a prática contemporânea percorre o caminho oposto, a *opinio juris* é o ponto de partida do processo costumeiro: “aos costumes “sábios” do passado juntar-se-iam também os costumes “selvagens”, a partir de “tendências” progressivamente cristalizadas”¹³ (DAILLER; FORTEAU; PELLET, 2009, p. 353).

Dentro das inúmeras classificações, os costumes internacionais podem ser divididos entre gerais, regionais e locais. Os costumes gerais são aqueles aos quais a comunidade internacional se submete. Por sua vez, a norma regional é aquela aplicada a apenas um grupo de Estados, *e.g.* o direito de asilo reconhecido no caso Colômbia v. Peru¹⁴ da CIJ que se restringe aos Estados da América Latina. Por fim, os locais se restringem a dois Estados somente, sendo o caso do direito de passagem consagrado em Portugal v. Índia¹⁵ da CIJ.

Como visto acima, a norma consuetudinária é imprecisa o que acaba tornando difícil a comprovação de sua existência na prática, sendo necessário verificar os critérios temporais e espaciais. O critério espacial foi discorrido no parágrafo anterior, por sua vez o critério temporal é objeto de diversas discussões no campo doutrinário. Não há concordância sobre o tempo necessário para uma prática ser considerada um costume internacional, uma vez que o mesmo poderá variar conforme sua natureza; não obstante, tem-se admitido que o processo está mais célere atualmente. A doutrina diverge principalmente quanto ao surgimento espontâneo da norma; para seus defensores a espontaneidade é fundamental para certas áreas do direito, como o direito humanitário, e que sem tal seria quase impossível proteger os vulneráveis (SHAW, 2008, p. 74).

Ainda com relação à vigência da norma consuetudinária, cabe citar a existência da figura do objetor persistente que irá afastar sua aplicação, outro ponto movediço na doutrina internacional. O objetor pode ser designado como o Estado que irá protestar e não concordar explicitamente com uma norma costumeira desde o início de sua vigência; importante salientar que não há objeção tácita. Por conseguinte, esse Estado não estará obrigado ao costume por ele afastado por não ter lhe conferido a *opinio juris*. Aqui se encontra outro ponto desta discussão: se a norma *jus cogens* não pode ser objeto de protesto, uma vez que seria hierarquicamente superior às demais e, com isso, estabeleceria limites à liberdade dos Estados.

13 “Aux coutumes « sages » du passé s’ajouteraient ainsi des coutumes « sauvages », à partir de « tendances » progressivement cristallisées”.

14 Colombian-Peruvian asylum case, Judgement of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 266.

15 Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, p. 6.

Comportamento contrário a um costume contém em si as sementes para uma nova regra e se for endossado por outras nações, a norma anterior irá desaparecer e será substituída, ou alternativamente pode haver um período de tempo em que ambas normas consuetudinárias coexistem até que uma delas seja amplamente aceita¹⁶ (SHAW, 2008, p. 91).

Esta discussão também permeia os casos de surgimento de um novo Estado, sendo arguido se este estaria submetido ou não às normas consuetudinárias vigentes. Os autores Patrick Daillier, Mathias Forteau e Allain Pellet defendem em seu livro que este Estado estará obrigado às normas existentes, podendo apenas se desobrigar quando houver um desacordo sobre questão de fundo da mesma, o que acabaria por iniciar um novo processo de elaboração costumeiro ou convencional (DAILLER; FORTEAU; PELLET, 2009, p. 363–364).

Por fim, apesar das diferenças notáveis entre o tratado e direito consuetudinário internacional ambos têm o mesmo nível hierárquico; não há hierarquia entre as normas elencadas no art. 38, do Estatuto da CIJ. Portanto, em caso de conflito aparente este será resolvido conforme os postulados acerca do tempo e da especialidade. Assim, tem-se que a norma posterior revoga a anterior (*lex posterior derogat priori*); norma especial irá prevalecer sobre uma geral (*lex specialis derogat generali*); e, finalmente, norma geral posterior não revogará norma anterior especial (*lex posterior generalis non derogat priori speciali*) (CASSESE, 2005, p. 154).

1.3. Processo de codificação

O direito consuetudinário internacional tem grande relevância tendo em vista que rege diversos campos do direito internacional, conquanto ser impreciso. Visando uma conferir maior certeza neste ramo, iniciou-se em 1815 o processo de codificação das normas costumeiras, envolto por múltiplas dificuldades de traduzir de forma clara e precisa algo que jamais havia sido escrito ou avençado (REZEK, 2005, p. 126–128).

O processo é constituído de dois métodos: declaração e convenção. Enquanto que o primeiro apenas reconhece as regras já existentes, o segundo busca acrescentar novas regras (ROUSSEAU, 1987, p. 85).

¹⁶ Behavior contrary to a custom contains within itself the seeds of a new rule and if it is endorsed by other nations, the previous law will disappear and be replaced, or alternatively there could be a period of time during which the two customs co-exist until one of them is generally accepted.

O caso dos tratados multilaterais é diferente e pode definitivamente constituir evidência do direito costumeiro. Se um tratado alega ser declaratório de direito consuetudinário, ou que pretende codificar o direito consuetudinário, ele pode ser citado como evidência de direito costumeiro inclusive contra um Estado que não é parte do tratado. Isso ocorre inclusive se um tratado não recebeu ratificações o suficiente para ganhar força. Pode-se perguntar o porquê dos Estados não estarem dispostos a ratificar um tratado se ele simplesmente constata o direito costumeiro. Explicações incluem inércia e falta de tempo parlamentar. [...] E mais, apenas parte do tratado pode codificar o direito consuetudinário, e um Estado pode recusar ratificá-lo porque não concorda com outras partes do mesmo¹⁷ (MALANCZUK, 2010, p. 40).

A codificação acaba por trazer vantagens ao direito internacional como um todo pois o desenvolve, o difunde na opinião pública, confere-lhe certeza e expande a justiça internacional (ROUSSEAU, 1987, p. 85). Contudo, perde-se as principais características da norma consuetudinária: sua maleabilidade, sua flexibilidade e sua capacidade evolutiva.

1.4. Importância na atualidade

Por conta de suas características já explanadas acima, o costume é essencial por reger áreas delicadas do direito internacional frente a fragmentariedade do mesmo; ainda que haja tratados versando sobre a matéria, é o costume que irá se encarregar de lhe conferir o caráter universal.

Cassese aponta três áreas do direito internacional que são inversamente proporcionais ao quadro de decadência desta norma: interesses econômicos emergentes, como o direito do mar; grandes conflitos políticos e institucionais, por exemplo a modificação costumeira do artigo 27.3 da Carta das Nações Unidas; e a atualização e elaboração das partes do direito costumeiro que os novos Estados independentes consideraram mais ou menos aceitáveis, aqui há exemplos do direito de guerra e direito dos tratados (CASSESE, 2005, p. 165–166).

¹⁷ The case of multilateral treaties is different and may definitely constitute evidence of customary law. If the treaty claims to be declaratory of customary law, or is intended to codify customary law, it can be quoted as evidence of customary law even against a state which is not a party to the treaty. This is so even if the treaty has not received enough ratification to come into force. It may be asked why states should be unwilling to ratify a treaty if it is merely restates customary law. Explanations include inertia and lack of parliamentary time. [...] Moreover, only part of the treaty may codify customary law, and a state may refuse to ratify because it objects to other parts thereof (MALANCZUK, 2010, p. 40).

2. AS IMUNIDADES DO ESTADO ESTRANGEIRO

2.1. Definição

A doutrina da imunidade dos Estados estrangeiros da jurisdição do Estado fórum é fundamentada em uma lógica dupla. Primeiro, Estados não devem interferir com atos públicos a soberania de Estados estrangeiros por respeito a sua independência. Segundo, de um modo geral, e com atenção a ambas decisões domésticas e decisões feitas por Estados estrangeiros, o judiciário não deveria interferir na conduta de uma política estrangeira nem por autoridades governamentais nacionais nem por estrangeiras, com base no princípio da separação dos poderes. Na mesma linha de raciocínio não é para cortes, mas para órgãos responsáveis pelas relações exteriores, para tomar questões relacionadas com atos estrangeiros em suas mãos e usar canais diplomáticos para discutir, ou argumentar sobre, com Estados estrangeiros interessados¹⁸ (CASSESE, 2005, p. 99).

As imunidades estatais são normas consuetudinárias internacionais que encontram fundamento na soberania de um Estado, mais precisamente no princípio *par in parem non habet jurisdictionem*. Elas são o meio encontrado para proteger um Estado, sua soberania e seus bens quando for contestado em outro.

Um Estado em tese não pode configurar no polo passivo de uma ação em cortes nacionais alienígenas, salvo havendo consentimento expresso¹⁹. As imunidades se dividem em jurisdicionais ou executórias, ou seja, incidem no processo ou nos atos de *enforcement*²⁰.

É sabido que um Estado não pode, em teoria, ser acionado perante os tribunais de outro uma vez que não há hierarquia entre ambos e por conseguinte este último não deve intervir nos assuntos do outro; as cortes nacionais deixam de exercer jurisdição por não ter competência para tal, sendo a situação similar ao conceito de não-justiciabilidade (SHAW, 2008, p. 699–700).

¹⁸ “The doctrine of immunity of foreign States from the jurisdiction of the forum State is grounded on a twofold rationale. First, States must not interfere with public acts of foreign sovereign States out of respect for their independence. Second, generally speaking and with regard to both domestic decisions and decisions made by foreign countries, the judiciary should not interfere with the conduct of foreign policy by either national or foreign governmental authorities, on the principle of separation of powers. It follows that it is not for courts, but for organs responsible for foreign affairs, to take matters relating to foreign acts into their hands and use diplomatic channels to discuss, or argue over, them with the foreign State concerned” (CASSESE, 2005, p. 99).

¹⁹ É entendido que o consentimento tácito nesta situação não é válido.

²⁰ A imunidade de execução decorre das inviolabilidades conferidas pela CVRD e pela CVRC – agente diplomático, locais de missão, mala diplomática, arquivos de missão e residência do diplomata/cônsul. A imunidade de execução, diferentemente do que alega o juiz nacional, não impede a existência de um processo de execução; ela apenas impede medidas de *enforcement*.

É bem verdade que as modalidades de implementação do princípio das imunidades restam em grande parte determinadas pelas ordens jurídicas nacionais; mas são as decisões do Estado territorialmente competente que são pertinentes e é um absurdo considerar que elas são comandadas diretamente pela soberania de outros Estados e não pela interpretação do direito costumeiro²¹ (DAILLER; FORTEAU; PELLET, 2009, p. 497).

O costume teve como precursor o caso americano *The Schooner v. McFaddon* que permeou as discussões sobre conflitos entre esses princípios.

2.2. *The Schooner Exchange v McFaddon*

Por muitos doutrinadores este é considerado o primeiro caso a efetivamente abordar o tema da imunidade de um Estado. Ele foi julgado pela Suprema Corte Americana em 1812 e teve como vencedora a tese do seu então presidente, Juiz John Marshall.

No caso em tela dois cidadãos americanos alegam que sua escuna *Exchange* foi tomada às ordens do imperador Napoleão da França e transformada em um navio de guerra denominado *Balaou*. Quando o mesmo atraca no porto de Filadélfia seus antigos donos entram com a ação visando reaver seu bem.

Em sua decisão o presidente da Suprema Corte, Juiz John Marshall alega que a jurisdição das cortes de um Estado são parte de sua soberania, sendo considerada exclusiva e absoluta e não sendo passível suscetível de limitações impostas por outros.

Qualquer restrição sobre derivando da validade de uma fonte externa implicaria a diminuição de sua soberania ao ponto da restrição e um investimento daquela soberania ao mesmo ponto em que aquele poder poderia impor tal restrição²² (*Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. 116, 3 L. Ed. 287, 3 S. Ct. 287 (1812)).

Seguindo com seu voto, Marshall alega que os Estados soberanos são iguais e não há hierarquia entre eles, por conseguinte todos consentiram em abrandar sua jurisdição completa e absoluta em determinados casos.

²¹ “Il est vrai que les modalités de mise en œuvre du principe des immunités restent en grande partie déterminées par les ordres juridiques nationaux ; mais ce sont les décisions de l’État territorialement compétent qui sont pertinentes et il est absurde de considérer qu’elles sont commandées directement par la souveraineté des autres États et non par l’interprétation du droit coutumier” (DAILLER; FORTEAU; PELLET, 2009, p. 497).

²² Any restriction upon it deriving validity from an external source would imply a diminution of its sovereignty to the extent of the restriction and an investment of that sovereignty to the same extent in that power which could impose such restriction (*Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. 116, 3 L. Ed. 287, 3 S. Ct. 287 (1812)).

Essa jurisdição estatal completa e absoluta, sendo como o atributo de todo soberano e sendo incapaz de conferir poder extraterritorial, não pareceria contemplar soberanos estrangeiros nem seus direitos soberanos sobre seus objetos. Um soberano sendo sem nenhum respeito submisso a outro, e sendo vinculado por obrigações do mais alto escalão a não degradar a dignidade de sua nação colocando a si mesmo ou seus direitos soberanos sob jurisdição de outro, pode ser suposto entrar em território internacional apenas sob uma autorização expressa, ou com a convicção de que as imunidades ao seu posição soberana independente, apesar de não expressamente estipulada, são reservadas por implicação e serão estendidas a ele²³ (Schooner Exchange v. McFaddon, 11 U.S. 116, 3 L. Ed. 287, 3 S. Ct. 287 (1812)).

Marshall sustenta que os princípios que fundamentam as imunidades de um soberano são os mesmos das imunidades estatais²⁴. Mais uma vez se fala na própria soberania do Estado, seu soberano deverá consentir em conceder as imunidades e este geralmente seria tácito.

Por fim é realizada uma diferenciação de tratamento entre embarcações privadas e públicas, concluindo-se que para as embarcações públicas que são afligidas por algo e recebem autorização para atracar devem ser concedidas imunidades²⁵. Marshall explana que as imunidades existem por vontade do Estado, autorização existe ainda que implícita, e que podem deixar de existir se assim desejar seu soberano.

2.3. Teoria da imunidade relativa

Meados do século XIX, as cortes belgas e italianas começaram a decidir contra a imunidade absoluta do Estado estrangeiro, alegando que seus atos poderiam ser distintos entre

²³ “This full and absolute territorial jurisdiction, being alike the attribute of every sovereign and being incapable of conferring extraterritorial power, would not seem to contemplate foreign sovereigns nor their sovereign rights as its objects. One sovereign being in no respect amenable to another, and being bound by obligations of the highest character not to degrade the dignity of his nation by placing himself or its sovereign rights within the jurisdiction of another, can be supposed to enter a foreign territory only under an express license, or in the confidence that the immunities belonging to his independent sovereign station, though not expressly stipulated, are reserved by implication, and will be extended to him” (Schooner Exchange v. McFaddon, 11 U.S. 116, 3 L. Ed. 287, 3 S. Ct. 287 (1812)).

²⁴ Quando um soberano é autorizado a adentrar outro Estado ele o faz com a convicção de não ser detido uma vez que essa autorização contém esta determinação implícita; algo que é entendido universalmente – norma consuetudinária internacional. Considera-se que submeter um soberano a uma jurisdição alienígena seria ferir sua dignidade e a dignidade de seu Estado.

²⁵ But in all respects different is the situation of a public armed ship. She constitutes a part of the military force of her nation; acts under the immediate and direct command of the sovereign; is employed by him in national objects. He has many and powerful motives for preventing those objects from being defeated by the interference of a foreign state. Such interference cannot take place without affecting his power and his dignity. The implied license, therefore, under which such vessel enters a friendly port may reasonably be construed, and it seems to the Court ought to be construed, as containing an exemption from the jurisdiction of the sovereign within whose territory she claims the rites of hospitality (Schooner Exchange v. McFaddon, 11 U.S. 116, 3 L. Ed. 287, 3 S. Ct. 287 (1812)).

atos da vida privada, comerciais, e atos soberanos; os ditos *acta jure gestionis* e *acta jure imperii*.

O ponto alegado para essa mudança jurisprudencial foi que os Estados agiam como agentes privados em algumas situações, sendo comum observar escritórios em outros países cuidando apenas das relações privadas, Estados celebrando contratos de natureza puramente comercial, realizando investimentos em bolsas de valores. Por conseguinte, começou-se a entender que para essas situações os Estados não estavam exercendo sua soberania, fundamento central para a imunidade.

A nova prática ganhou força com a elaboração de leis nacionais e convenções a respeito. Entre eles, pode-se citar o *Foreign sovereign immunities act* dos Estados Unidos da América de 1976, *States immunities act* do Reino Unido de 1978, *State immunity act* do Canadá de 1982, a *Ley n° 24.488/95, art. 2°*, da Argentina, e a Convenção Europeia sobre Imunidades dos Estados de 1972 (Convenção Europeia da Basileia). Apenas alguns Estados latino-americanos e a China continuam aplicando o antigo costume da imunidade absoluta (CASSESE, 2005, p. 100).

Com o surgimento desse novo costume, surgiu a necessidade de distinguir atos de império de atos de gestão, sendo comum as leis trazerem um rol, por vezes entendido como taxativo, acerca das exceções de imunidade. Ainda assim, a Comissão de Direito Internacional estabeleceu dois passos para se reconhecer um ato soberano: primeiro é necessário definir a natureza do ato, sendo ele não governamental ou comercial se pode classificar como ato de gestão neste primeiro momento; caso contrário passa-se para a segunda fase, o Estado deverá ter oportunidade para demonstrar que o ato praticado não deve ser tratado como comercial considerando a prática do próprio Estado (SHAW, 2008, p. 708–710).

Portanto, pode-se dizer que com as alterações das legislações nacionais e celebração de convenções, inclusive a existência de um *draft* de tratado multilateral no âmbito da Organização das Nações Unidas que será tratado abaixo, há uma nova norma consuetudinária internacional sobre o assunto que defende a distinção dos atos. Por outro lado, ainda não há evidência suficiente para dizer que o costume da imunidade absoluta deixou de existir. Por conseguinte, é correto afirmar que os dois costumes coexistem, sendo demonstrado no capítulo anterior que isso é perfeitamente possível por conta das características dessa norma.

2.4. Posição da Corte Internacional de Justiça

Em 2008, a Alemanha levou perante a CIJ um caso concernindo a imunidade de jurisdição o qual ficou conhecido como *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy - Greece intervening)*. Nele argumentava que a Itália violou o direito internacional público ao não respeitar a imunidade de jurisdição condenando a Alemanha a indenizar seus cidadãos pelos atos de guerra cometidos entre 1943 e 1945 pelo Terceiro Reich, inclusive hipotecando uma propriedade alemã (*Villa Vigoni*) para cumprir tal fim. O argumento das cortes italianas era que a imunidade jurisdicional, mesmo em caso de *acta jure imperii*, seria afastada diante dos crimes de guerra cometidos pela Alemanha – violações ao direito humanitário internacional²⁶.

A importância desse caso está na análise feita sobre a existência ou não de imunidade absoluta para atos *jure imperii* na hipótese destes serem cometidos pelas Forças Armadas de um Estado em meio a um conflito armado. A Corte oportunamente reafirma a teoria restritiva da imunidade de jurisdição e a possibilidade de afastamento da imunidade de execução perante a existência de um bem não afetado pela missão no Estado acreditado (“a propriedade em questão deve estar sendo usada por uma atividade não buscando propósitos governamentais não comerciais”²⁷) ou expressa permissão do mesmo.

O relatório perpassou pelas Convenções Europeia e da ONU sobre imunidades, além de legislações nacionais e práticas dos Estados, concluindo que os delitos cometidos pelo exército de um Estado no território de outro não seria causa de afastamento da imunidade daquele.

Na opinião da Corte, prática estatal na forma de decisões judiciais apoiam a proposição de que imunidade de Estado por *acta jure imperii* continua abrangendo os procedimentos civil por atos que ocasionaram morte, lesão corporal ou danos à propriedade cometidos pelas forças armadas e outros órgãos de um Estado na condução de conflito armado, ainda que os atos relevantes se passem no território do Estado do foro. Essa prática é acompanhada pela *opinio juris*, como demonstrado pelas

26 Após a rendição da Itália aos Aliados em 1943 durante a Segunda Guerra Mundial, a Alemanha invadiu o país (outubro de 1943 até o fim da Guerra) e realizou várias atrocidades, como massacres e enviar cidadãos italianos para campo de trabalho forçado. Os militares italianos prisioneiros também foram enviados para campos de trabalho forçado uma vez que não eram considerados prisioneiros de guerra pelo Terceiro Reich.

Os casos gregos por sua vez dizem respeito ao massacre ocorrido em 1944 nas vilas de Lidoriki e Distomo. Apesar de suas cortes condenar a Alemanha, esta nunca foi executada o que acabou por levar os seus nacionais a pedir a efetiva execução da pena na Itália. Como consequência esta autorizou a hipoteca judicial sobre a Villa Vigoni, propriedade do Estado alemão perto de Lake Como na Itália; a medida executória foi suspensa por meio de Decreto até o julgamento do caso na CIJ. Durante a tentativa de execução no caso Margellos, massacre em Lidoriki, a Corte italiana entendeu que a Alemanha gozava de imunidade contrariando o entendimento anterior.

²⁷ “The property in question must be in use for an activity not pursuing government non-commercial purposes” (*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy : Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99).

posições tomadas pelos Estados e pela jurisprudência de várias cortes nacionais que deixaram claro que consideram que direito internacional consuetudinário requeria imunidade²⁸ (*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy : Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99).

Em um momento posterior é pormenorizada a questão da imunidade frente aos casos de sérias violações de direitos humanos. Para a CIJ as práticas dos Estados são no sentido da concessão de imunidade para atos de império não depender da gravidade dos mesmos ou da existência de violações de normas.

Por fim, a Corte entendeu que não existe conflito entre imunidade de jurisdição e normas *jus cogens* sobre crimes de guerra pois elas versam sobre matérias diferentes, sendo aquele apenas procedural. A imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro deve ser mantida ainda que diante de graves violações do direito humanitário internacional ou direito internacional dos conflitos armados²⁹.

2.5. Imunidade frente aos direitos humanos

Ainda que a decisão da CIJ no caso *Jurisdictional Immunities of the State* tenha sido a favor da prevalência da norma consuetudinária sobre norma *jus cogens*, o juiz Antonio Augusto Cançado Trindade proferiu voto em sentido contrário alegando ser necessária a proteção dos direitos humanos.

A doutrina também não é pacificada quanto ao assunto, tendo autores que irão tecer a mesma teoria elaborada pela CIJ no caso citado acima, sendo o caso de Malcolm Shaw, e outros que irão argumentar a favor da prevalência da norma *jus cogens* como Antonio Cassese (CASSESE, 2005, p. 105–108; SHAW, 2008, p. 715–726). Cassese argumenta a posição

²⁸ “In the Court’s opinion, State practice in the form of judicial decisions supports the proposition that State immunity for *acta jure imperii* continues to extend to civil proceedings for acts occasioning death, personal injury or damage to property committed by the armed forces and other organs of a State in the conduct of armed conflict, even if the relevant acts take place on the territory of the forum State. That practice is accompanied by *opinio juris*, as demonstrated by the positions taken by States and the jurisprudence of a number of national courts which have made clear that they considered that customary international law required immunity” (*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy : Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99).

²⁹ “The Court concludes that, under customary international law as it presently stands, a State is not deprived of immunity by reason of the fact that it is accused of serious violations of international human rights law or the international law of armed conflict. In reaching that conclusion, the Court must emphasize that it is addressing only the immunity of the State itself from the jurisdiction of the courts of other States; the question of whether, and if so to what extent, immunity might apply in criminal proceedings against an official of the State is not in issue in the present case” (*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy : Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99).

hierárquica superior da *jus cogens* devendo prevalecer sobre as demais, inclusive normas consuetudinárias; ainda assim reconhece não haver prática estatal o suficiente para suposição se tornar uma norma costumeira sólida.

A autora Philippa Webb denomina esse conflito de direitos de “novo dilema dos direitos humanos”. Ao se debruçar sobre as ações envolvendo relação trabalhista, ela irá propor uma terceira via como solução do problema apresentado: encaixar as violações de direitos humanos nas exceções já existentes relativas aos atos de gestão. Contratos de trabalho devem ser entendidos como *acta jure gestionis* mesmo quando envolver atos de império, recrutamento, renovação ou reintegração. Entretanto demais violações permaneceriam sob a égide dessa norma costumeira.

Não devemos nos esquecer do fato que imunidade – seja de Estados, diplomatas ou OIs – não é sempre oponível para satisfação dos direitos humanos. Imunidade pode servir direitos humanos promovendo boas relações internacionais e assegurando comunicações abertas³⁰ (WEBB, 2016, p. 767).

2.6. Codificação do costume

Conforme já exposto acima, a codificação de uma norma costumeira tem sido algo recorrente no plano do direito internacional como um esforço de lhe conferir maior certeza, uniformidade e segurança jurídica. Como de praxe não seria diferente com as normas consuetudinárias sobre imunidade de jurisdição e de execução.

Em 1977 a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) determinou que a Comissão de Direito Internacional estudasse a seara das imunidades dos Estados e suas propriedades. Posteriormente foi criada a Comissão *Ad Hoc* sobre Imunidades Jurisdicionais dos Estados e suas Propriedades³¹ através da Resolução 55/150, permitindo a participação de Estados membros de agências especializadas.

³⁰ “We should not lose sight of the fact that immunity – whether of states, diplomats or IOs – is not always opposable to the enjoyment of human rights. Immunity can serve human rights by fostering good international relations and ensuring open communication” (WEBB, 2016, p. 767).

³¹ Ad Hoc Committee on Jurisdictional Immunities of States and Their Property.

Em dezembro de 2004 foi adotada pela Assembleia Geral a Resolução 59/38 que continha em seu anexo a Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades Jurisdicionais dos Estados e Suas Propriedades³², referida de agora em diante como Convenção.

Ela consagrou a teoria restritiva da imunidade ao excluir logo de início os atos de império da sua aplicação. Em sua parte III é apresentado um rol taxativo de procedimentos que afastam a referida imunidade: transações comerciais; contratos trabalhistas; lesões pessoais e danos à propriedade; propriedade, posse e uso da propriedade; propriedade industrial e intelectual; participação em companhias e outras entidades coletivas; navios operados ou pertencentes a um Estado; efeitos de decisão arbitral³³.

Por conseguinte, a seção posterior da Convenção se atém às imunidades de execução e suas exceções. Estas sempre ocorrerão quando houver consentimento expresso do Estado, havendo no caso de execução após julgamento a hipótese dos bens não afetados³⁴.

Art. 19 (c) foi estabelecido que a propriedade é especificamente para uso ou intencionada para o uso por Estados para apenas propósitos governamentais não comerciais e ocorre no território do Estado do fórum, previsto que medidas de constrição pós-julgamento podem apenas ocorrer contra propriedade que não tem conexão com a entidade a qual o procedimento foi direcionado³⁵.

32 United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, adopted on 2 December 2004.

33 Há dentro de determinadas categorias exceções relativas aos atos de império, como os existentes no Art. 11, § 2º (2. Paragraph 1 does not apply if: (a) the employee has been recruited to perform particular functions in the exercise of governmental authority; (b) the employee is: (i) a diplomatic agent, as defined in the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 1961; (ii) a consular officer, as defined in the Vienna Convention on Consular Relations of 1963; (iii) a member of the diplomatic staff of a permanent mission to an international organization or of a special mission, or is recruited to represent a State at an international conference; or (iv) any other person enjoying diplomatic immunity; (c) the subject-matter of the proceeding is the recruitment, renewal of employment or reinstatement of an individual; (d) the subject-matter of the proceeding is the dismissal or termination of employment of an individual and, as determined by the head of State, the head of Government or the Minister for Foreign Affairs of the employer State, such a proceeding would interfere with the security interests of that State; (e) the employee is a national of the employer State at the time when the proceeding is instituted, unless this person has the permanent residence in the State of the forum; or (f) the employer State and the employee have otherwise agreed in writing, subject to any considerations of public policy conferring on the courts of the State of the forum exclusive jurisdiction by reason of the subject-matter of the proceeding) e art. 16, §§ 2º e 4º (2. Paragraph 1 does not apply to warships, or naval auxiliaries, nor does it apply to other vessels owned or operated by a State and used, for the time being, only on government non-commercial service. 4. Paragraph 3 does not apply to any cargo carried on board the ships referred to in paragraph 2, nor does it apply to any cargo owned by a State and used or intended for use exclusively for government non-commercial purposes.).

³⁴ Atualmente a imunidade de execução tem como fundamento as inviolabilidades previstas nas CVRC e CVRD.

³⁵ 19 (c) it has been established that the property is specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes and is in the territory of the State of the forum, provided that post-

A Convenção ainda lista as situações em que um bem pode ser considerado como não afetado, sem prejuízo do disposto no artigo citado acima³⁶.

Apesar de não contrariar o costume já existente ao trazer novas provisões, a Convenção não entrou em prática uma vez que não recebeu as 30 ratificações necessárias para tal³⁷, ainda assim ela é uma importante prova para a existência da norma consuetudinária.

A Organização dos Estados Americanos (OEA) também encarregou seu Comitê Jurídico a se dedicar ao estudo da matéria. Em 2012 o Dr. David P. Stewart propôs à OEA a elaboração de um instrumento que versasse sobre as imunidades estatais uma vez que a Organização já havia se dedicado ao tema entre os anos de 1971 e 1983; tal empreitada tem como relator o Dr. Carlos Mata Prates. Ainda não há um *draft* do instrumento proposto uma vez que se encontra em fase de discussão, mas é possível concluir através dos relatórios do Comitê Jurídico Interamericano que o mesmo será baseado na Convenção da ONU, já tomando os mesmos rumos, apesar da empreitada aqui ser mais ampla e complexa por querer abarcar as imunidades das Organizações Internacionais.

judgment measures of constraint may only be taken against property that has a connection with the entity against which the proceeding was directed.

³⁶ Article 21 Specific categories of property 1. The following categories, in particular, of property of a State shall not be considered as property specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes under article 19, subparagraph (c): (a) property, including any bank account, which is used or intended for use in the performance of the functions of the diplomatic mission of the State or its consular posts, special missions, missions to international organizations or delegations to organs of international organizations or to international conferences; (b) property of a military character or used or intended for use in the performance of military functions; (c) property of the central bank or other monetary authority of the State; (d) property forming part of the cultural heritage of the State or part of its archives and not placed or intended to be placed on sale; (e) property forming part of an exhibition of objects of scientific, cultural or historical interest and not placed or intended to be placed on sale.

³⁷ Até o momento apenas ratificaram a Convenção os seguintes Estados: Áustria, Arábia Saudita, Cazaquistão, Eslováquia, Espanha, Finlândia, França, Irã, Iraque, Itália, Japão, Letônia, Líbano, Liechtenstein, México, Noruega, Portugal, República Tcheca, Romênia, Suécia e Suíça (Disponível em: <treaties.un.org/Pages/ShowMTDSGDetails.aspx?src=UNTSO&tabid=2&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en>. Acesso em: 15 ago. 2017).

3. A INCIDÊNCIA DA NORMA INTERNACIONAL NO PLANO INTERNO

3.1. Teorias Monista e Dualista

O monismo e o dualismo são duas teorias clássicas do direito internacional que se dedicam a explicar qual norma irá prevalecer no sistema. Por serem teses filosóficas, ambas têm poucos efeitos práticos uma vez que o resultado final será o mesmo.

O dualismo teve como expoente Carl Heinrich Triepel que abordou a teoria em seu célebre curso da Academia de Direito Internacional da Haia *Les rapports entre le droit interne et le droit international*. Ele compreende o Estado como um ser, um ente dotado de vontade. Por conseguinte, ser soberano implica que a pessoa jurídica não está subordinada a outra, não tendo relação com ser *suprema potestas*.

A partir desse entendimento é tecida a teoria sobre a relação entre o direito interno e o direito internacional, sendo ambos sistemas jurídicos diversos por terem fontes diversas. Enquanto que no direito interno a fonte é a vontade do próprio Estado, a fonte do direito internacional é a vontade comum (*Vereinbarung*) nascida da união das vontades particulares (TRIEPEL, 1923, p. 82).

O direito internacional público e o direito interno não são somente partes, ramos do direito distintos, mas também sistemas jurídicos distintos. São dois círculos que estão em contato íntimo, mas que não se sobrepõem jamais. Uma vez que o direito interno e o direito internacional não regem as mesmas relações, é impossível que houvesse uma “concorrência” entre as fontes dos dois sistemas jurídicos³⁸ (TRIEPEL, 1923, p. 83).

As normas internacionais não têm efeito no ordenamento jurídico de forma automática, ou seja, as obrigações criadas têm validade apenas para o Estado em si mas não para seus cidadãos. Para ter validade internamente é necessário ocorrer o fenômeno da recepção³⁹ ou da incorporação⁴⁰. Mas este fenômeno não necessariamente ocorre através da elaboração de uma

³⁸ “Le droit international public et le droit interne sont non seulement des partis, des branches du droit distinctes, mais aussi des systèmes juridiques distincts. Ce sont deux cercles qui sont en contact intime, mais qui ne se superposent jamais. Puisque le droit interne et le droit international ne régissent pas les mêmes rapports, il est impossible qu’il y ait jamais une « concurrence » entre les sources des deux systèmes juridiques” (TRIEPEL, 1923, p. 83).

³⁹ Irá ocorrer quando a norma interna é uma reprodução fiel da norma internacional (Ibid. 1923, p. 97).

⁴⁰ Termos utilizado, juntamente com “aceitação” e “apropriação”, para se referir ao processo em que o Estado adota deveres internacionais e os aplica internamente, uma vez que tais regras geralmente sofrem alterações para serem aplicadas aos indivíduos daquele Estado (Ibid. 1923, p. 97).

norma interna similar à internacional já que o efeito direto da norma internacional – sua incidência no ordenamento interno sem intermédio de uma norma nacional – é possível na teoria dualista. Triepel entende que nesta situação ocorre o consentimento tácito do Estado, portanto a norma ainda precisa passar por seu crivo para ter validade internamente. Assim, há três formas de recepção da norma internacional no plano interno:

Ela pode se produzir por uma relação expressa de regras jurídicas expressamente formuladas por uma outra fonte. Ela pode se produzir quando é expressamente decidido que certos fatos devem ser regidos como certos outros o são por uma outra fonte jurídica, sem que o conteúdo das normas deste último seja mencionado no regulamento. A primeira fonte pode reenviar tacitamente ao direito formulado ou não formulado de uma segunda fonte. Estas três últimas formas de recepção do direito estrangeiro, é dizer, a aceitação expressa ou tácita, sem menção expressa do conteúdo jurídico, nós chamamos em alemão “*rezipierende Blankettrechtssätze* », em francês : “regras jurídicas por costura em branco que operam a recepção do direito”⁴¹ (Ibid. 1923, p. 93).

Por sua vez, Hans Kelsen era defensor do modelo monista – uma norma irá prevalecer sobre a outra, pois ambas possuem o mesmo fundamento, a mesma norma fundamental. Kelsen tinha uma visão diversa do Estado, para ele era sinônimo de pessoa jurídica – sentido diverso do direito comercial – que apenas existe enquanto ordenamento jurídico, sendo um centro de imputação normativa.

Em *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international*, o autor apresenta dois modelos possíveis para o monismo: nacional e internacional. A diferença entre ambos repousa na hierarquia, em qual será a norma superior e conseqüentemente buscará alicerce diretamente na norma fundamental. Importante frisar que em ambas situações a incorporação irá ocorrer da mesma forma.

No monismo nacional há a superioridade do direito interno, é dizer que o fundamento do direito internacional jaz no nacional, parte dos Estados soberanos que aceitam suas normas. A incorporação da norma internacional ocorre em um segundo momento, pois a partir do

⁴¹ Elle peut se produire par un rappel exprès de règles juridiques expressément formulées par une autre source. Elle peut se produire quand il est expressément décidé que certains faits doivent être régis comme certains autres le sont par une autre source juridique, sans que le contenu des normes de cette dernière soit rappelé dans le règlement. La première source peut renvoyer tacitement au droit formulé ou non-formulé d'une deuxième source. Ces trois dernières formes de réception du droit étranger, c'est-à-dire, l'acceptation expresse ou tacite, sans rappel exprès du contenu juridique, nous les appelons en allemand « *rezipierende Blankettrechtssätze* », en français : « règles juridiques par blanc-seing opérant réception du droit » (Ibid. 1923, p. 93).

momento que o Estado reconhece o direito internacional, este passa a existir com suas normas; normas estas que serão posteriormente incorporadas pelo Estado ao reconhecer a imposição do direito internacional. É a chamada supra-infra ordenação.

O reconhecimento do direito internacional pode se dar de duas formas: expressa e indireta ou tácita. Sendo que na primeira, Estado reconhece expressamente que o direito internacional é integrante do direito interno ou ele autoriza um procedimento para reconhecer a norma internacional (KELSEN, 1926, p. 291–292).

Por outro lado, conforme o monismo internacional propõe o direito internacional se respalda diretamente na norma fundamental, estando superior hierarquicamente ao direito interno e a incorporação da norma já ocorre nesse plano.

O que a delegação do direito interno pelo direito internacional apresenta de particular, é unicamente a subordinação de sua validade à condição de um mínimo de eficácia: o direito internacional consagra em tanto quanto o poder estatal e conseqüentemente autoridade jurídica do poder que, de fato, é grosso modo em estado de se impor. Quanto à organização desse poder, é dizer os métodos de elaboração do direito interno – democráticos ou autocráticos, – quanto ao conteúdo dessa ordem, o direito internacional a abandona na regulamentação; ele a delega a esses fins, não sem, é claro, sujeita-lo a certas regras restritivas⁴² (Ibid. 1926, p. 309).

Isto posto, percebe-se que não há fundamento quanto a diferenciação de sistemas jurídicos quanto a forma de incorporação da norma internacional. Não há sistemas dualistas ou monistas uma vez que ambas teorias preveem expressamente o procedimento da outra. O Ministro Celso de Mello argumenta em seu voto no Agravo Regimental na Carta Rogatória 8279-4 que o Brasil seria dualista moderado por estabelecer um procedimento para incorporação dos tratados internacionais na Constituição pátria, mas o próprio Kelsen reconhecia que tal era possível no monismo.

Da mesma forma, um tratado internacional pode ser interpretado de duas maneiras diferentes: ou como obrigando simplesmente os Estados contratantes a promulgar leis e regulamentos conforme suas disposições

⁴² Ce que la délégation du droit interne par le droit international présente de particulier, c'est uniquement la subordination de sa validité à la condition d'un minimum d'efficacité : le droit international consacre en tant que puissance étatique et par suite autorité juridique la puissance qui, en fait, est grosso modo en état de s'imposer. Quant à l'organisation de cette puissance, c'est-à-dire aux méthodes d'élaboration du droit interne – démocratiques ou autocratiques, – quant au contenu de cet ordre, le droit international lui en abandonne la réglementation ; il le délègue à ces fins, non sans, bien entendu, le soumettre par ailleurs à certaines règles restrictives (KELSEN, 1926, p. 309).

ou, ao contrário, como querendo obrigar diretamente os sujeitos e por conseguinte tornar toda transformação supérflua; tal é em particular o caso se a Constituição, assimilando os tratados internacionais à lei, exige portanto o concurso do Parlamento para os tratados que derogam à uma lei, assim como sua publicação no “Jornal Oficial”⁴³ (Ibid. 1926, p. 315).

Como já exposto acima, ambas as teorias não são suficientes para explicar as formas de incorporação pois não se concentram nesse tema. Seus objetivos são de tentar compreender o funcionamento do sistema como um todo e a origem da fundamentação das normas.

3.2. Teoria Pluralista

Como dito anteriormente, as teorias monista e dualista por serem filosóficas não são suficientes por si só para entender o fenômeno da incorporação. Assim, surgiram novas teorias para explicar a relação entre direito interno e direito internacional.

A teoria pluralista concebe o panorama internacional como composto por diversos sistemas legais hierarquizados e iguais entre si que estão em constante interação, gerando normas que são aplicadas a todos; e mais, ela não exclui os fenômenos supranacionais, como a União Europeia. Alec Stone Sweet oferece dois conceitos não excludentes para o pluralismo. Ele pode ser entendido como “ilhas” pertencentes a um sistema anárquico e a interação entre essas ordens autônomas irão determinar o desenvolvimento do sistema como um todo. Em um segundo momento, pode-se afirmar que há um corpo de normas fundamentais, meta-normas, no sistema internacional e a partir deste contexto se encontram discretas hierarquias nacionais e que encontram sua fundamentação em tratados. Aqui, a interação é pautada pelas normas que englobam a todos (SWEET, 2009, p. 631–633).

Um Sistema legal pluralista aceita uma variedade de escolhas normativas diferentes e igualmente legitimadas por governos nacionais

⁴³ De même, un traité international peut s’interpréter de deux façons différentes : ou comme obligeant simplement les États contractants à promulguer des lois et règlements conformes à ses dispositions ou, au contraire, comme voulant obliger directement les sujets et par conséquent rendre toute transformation superflue ; tel est en particulier le cas si la Constitution, assimilant les traités internationaux à la loi, exige donc le concours du Parlement pour les traités qui dérogent à une loi, ainsi que leur publication au « Journal Officiel » (Ibid. 1926, p. 315).

e instituições internacionais e tribunais, mas o faz dentro do contexto de um sistema universal⁴⁴ (BURKE-WHITE, 2004, p. 977).

Como aponta Armin von Bogdandy, a teoria se diferencia das demais já vistas anteriormente em razão da forma como os sistemas legais se relacionam. Pode-se dizer que há um “acoplamento” entre eles, mas diferente do dualismo a teoria vê constante interação entre os sistemas normativos⁴⁵ (BOGDANDY, 2008, p. 401).

3.3. O efeito direto

O efeito direto consiste na aplicação de uma norma estranha ao ordenamento jurídico nacional sem intermediações ou processos de incorporação. Tal fenômeno é muito comum no sistema europeu uma vez que as normas europeias válidas fazem parte dos sistemas nacionais da região mas cabem a estes a interpretação final da norma, como determinado pelo caso *Van Gend & Loos* (Ibid. 2008, p. 402–403).

Saindo do contexto da União Europeia são raros os casos de normas que se apresentam como tendo efeito direto, por conseguinte a decisão final em relação a maioria das normas internacionais cabe aos Estados o que acaba sendo o caso do direito consuetudinário internacional. “S’agissant dans notre cas de droit non écrit, c’est plutôt dans la ratio de certaines règles que l’on pourrait déceler, derrière l’intérêt juridiquement protégé de l’État, l’intérêt individuel qui mériterait protection” (STIRLING-ZANDA, 2000, p. 151).

Por suprimir o trâmite burocrático para a incorporação, que no Brasil pode demorar mais de cinco anos⁴⁶, o efeito direto viabiliza a dinamicidade do pluralismo, permitindo maior

⁴⁴ A pluralist legal system accepts a range of different and equally legitimate normative choices by national governments and international institutions and tribunals, but it does so within the context of a universal system (BURKE-WHITE, 2004, p. 977).

⁴⁵ The mediation, or “coupling”, can be done by political institutions, on the one side, or by administrative and judicial institutions, on the other. In the latter case, the domestic effect of such international norms is usually dependent on the doctrine of direct effect and the doctrine of consistent interpretation. [...] they decide how “loose” or “tight” or “structural” — to use a term central to systems theory — the coupling will be (BOGDANDY, 2008, p. 401–402).

⁴⁶ A Secretaria de Reforma do Judiciário, pertencente ao Ministério da Justiça, realizou uma pesquisa empírica em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e a Universidade do Vale do Rio dos Sinos analisando os tratados incorporados pelo Brasil. Nela foi constatado que o processo pode demorar até cinco anos e sete meses e por fruto de desconhecimento do Judiciário, por vezes os tratados deixam de ser aplicados em decisões. Outra pesquisa realizada pelo Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo sob orientação do professor Amâncio Jorge Silva Nunes de Oliveira, “Legislativo e Executivo brasileiros na internalização de tratados de Direitos Humanos: convergências e divergências na ditadura e na democracia”, também demonstra resultados similares.

interação entre os sistemas nacionais e supranacionais e tendo como consequência uma evolução maior e mais rápida do direito internacional como um todo.

4. O JUDICIÁRIO BRASILEIRO E O DIREITO INTERNACIONAL

4.1. A Constituição e o Direito Internacional

A comunidade internacional sofreu diversas alterações ao longo dos séculos, principalmente após a Segunda Guerra Mundial com o surgimento da ONU e diversas outras organizações internacionais, além dos surgimentos de mecanismos supranacionais e diversos processos de integração. Para tanto, o art. 4º da CRFB/88 reflete essa ideologia:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político.

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

A Magna Carta de 1988, que tinha como objetivo quebrar o ciclo e a visão ditatorial presentes no país por mais de duas décadas, visa alinhar o Brasil com os princípios em voga no cenário internacional. E mais, pode-se dizer que a Constituição prevê diretrizes para acompanhar as tendências e evoluções do direito internacional (MAGALHÃES, 2000, p. 20–26).

4.2. Os tratados

O processo de incorporação dos tratados no direito interno brasileiro é alvo de ampla pesquisa pela doutrina pátria. A Constituição estabelece em seus arts. 49, I, e 84, VIII, que o Presidente da República é competente para celebração dos tratados, estando sujeito a referendo

do Congresso Nacional⁴⁷. Portanto, faz-se necessário distinguir os procedimentos de adoção e ratificação.

Segundo a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados um Estado pode se obrigar por um tratado através de “assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordado”, conforme dispõe seu art. 11, sendo assim um momento posterior ao da adoção do texto. A autenticação se configura como a aceitação da redação final de um tratado, podendo ocorrer de duas formas:

Artigo 10 Autenticação do Texto

O texto de um tratado é considerado autêntico e definitivo:

- a) mediante o processo previsto no texto ou acordado pelos Estados que participam da sua elaboração; ou
- b) na ausência de tal processo, pela assinatura, assinatura ad referendum ou rubrica, pelos representantes desses Estados, do texto do tratado ou da Ata Final da Conferência que incorporar o referido texto.

Isto posto, compreende-se que é o procedimento de manifestação de se obrigar a um tratado que deve passar pelo crivo do Congresso. E essa fase pode ser dividida de duas formas: a existência de compromissos gravosos ou não; isso porque se depreende do art. 49, I, que apenas os tratados que contiverem tal compromisso é que necessitaram de sua aprovação. Na prática, observa-se que tal distinção é por vezes ignorada já que é entendido que apenas o tratado que explicitamente declarasse não criar novas obrigações no cenário internacional.

Em momento posterior ao envio da carta de ratificação, inicia-se o processo de incorporação para que o tratado tenha validade internamente. Novamente, o texto é encaminhado ao Congresso que deverá elaborar um Decreto acerca e apenas após sua promulgação e consequente publicação é que o instrumento efetivamente entra em vigor no país.

Entretanto, esse procedimento possui certa peculiaridade ao se tratar tratados que versam sobre matéria de direitos humanos porque a Emenda Constitucional nº 45 de 2004

47 Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

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

estabeleceu a possibilidade dos mesmos ganharem status constitucional⁴⁸. Ela alterou o art. 5º, adicionando o parágrafo 3º que prevê um procedimento de incorporação similar ao da aprovação de uma emenda constitucional:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais

4.3. O costume

A Constituição de 1988, por outro lado, não traz nenhuma expressa previsão acerca da incorporação das normas consuetudinárias internacionais, sendo omissa também quanto ao status que lhes é conferido.

Todavia essa omissão não é exclusiva da Constituição brasileira e é fruto de uma influência política e ideológica, sendo o fenômeno foi abordado por Antonio Cassese em seu curso na Academia de Direito Internacional da Haia. O autor classifica as constituições atuais em quatro grandes grupos e tendo como critério o modo como estas se relacionam com o direito internacional e a sua fonte consuetudinária.

O primeiro grupo é caracterizado pelo amplo reconhecimento das normas internacionais e suas constituições já estabelecem as suas incorporações⁴⁹, tendo como exemplo a máxima “direito internacional é parte do direito da terra”⁵⁰ britânico e a constituição alemã, conhecida por ser a mais “aberta” para os temas internacionais⁵¹. Em evidente contraste, encontram-se as

48 Até 2004, todos os tratados possuíam o grau hierárquico de lei ordinária federal (MAZZUOLI, 2013, p. 393). Com o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, passou-se a diferenciar os tratados sobre matéria de direitos humanos dos demais; ainda assim persistiu a polêmica sobre o grau de hierarquização dos tratados anteriores à Emenda. A dúvida foi sanada pelo Supremo Tribunal Federal com o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343 estabelecendo que estes tratados teriam o status de suprallegalidade, ou seja, seriam hierarquicamente superior aos demais tratados mas ainda assim devendo atender à Constituição.

49 Atualmente 42 Estados preveem em suas constituições a internalização da norma consuetudinária internacional, sendo eles: África do Sul, Alemanha, Angola, Áustria, Azerbaijão, Benin, Bolívia, Bulgária, Cabo Verde, Cazaquistão, Colômbia, Coreia, Eslováquia, Estados Unidos, Estônia, Geórgia, Grécia, Hungria, Itália, Japão, Lituânia, Macedônia, Malawi, Moçambique, Moldávia, Mongólia, Montenegro, Nepal, Panamá, Papua Nova Guiné, Peru, Portugal, Quirguistão, Republica Dominicana, Romênia, Rússia, Sérvia, Suazilândia, Turcomenistão, Ucrânia, Uruguai e Zimbábue (PROJECT; GOOGLE)

50 International law is part of the law of the land.

51 O art. 25 da Constituição alemã, a Grundgesetz, prevê que o costume é parte do direito alemão e tem nível hierárquico suprallegal. O artigo ainda prevê o efeito direto ainda que o restrinja a apenas pessoas físicas. “Article 25 the general rules of international law shall be an integral part of federal law. They shall take precedence over the laws and directly create rights and duties for the inhabitants of the federal territory”.

constituições pertencentes ao segundo grupo que completamente ignoram a aplicação da norma consuetudinária internacional no plano interno.

Os dois grupos restantes podem ser considerados como um meio termo entre os dois primeiros, uma vez que aceitam de maneira geral o direito internacional. O terceiro grupo reconhece a existência da norma internacional, condicionando essa aceitação à compatibilidade com certos valores ou interesses. E por fim, o quarto grupo substituem a referência ao direito internacional em si por uma à Carta das Nações Unidas ou mesmo aos princípios internacionais fundamentais e celebrados pela comunidade internacional (CASSESE, 2005, p. 368).

Como bem se pode observar, o Brasil se encaixa neste último grupo em razão do art. 4º, CRFB/88, e a justificativa para isso seria uma insatisfação com as normas gerais internacionais.

Primeiramente, todos mostram que países de Terceiro Mundo (e também a República Democrática Alemã) não estão satisfeitos com as atuais normas de direito internacional comum e preferem recorrer a outros princípios, que podem servir tanto como seu norte nos assuntos internacionais como ditar o comportamento que eles deveriam adotar nos seus sistemas legais domésticos⁵² (Ibid. 2005, p. 389).

Partindo para uma análise atual e menos teórica, faz-se necessário se voltar para as práticas de países que possuem uma relação com a norma consuetudinária similar a do Brasil, como França e Holanda.

A constituição francesa não faz menção ao costume internacional citando expressamente os tratados e o direito internacional público como um todo, sendo similar as provisões constitucionais brasileiras⁵³. Assim, cabe aos tribunais franceses aplicar o costume e definir os seus efeitos no ordenamento interno e, apesar do Conseil d'Etat estabelecer que o costume possui grau hierárquico inferior aos das leis francesas, Bernard Stirn crê que tarefa cabe ao juiz da suprema corte do país.

⁵² First of all, they all show that Third World countries (as well as the German Democratic Republic) are not satisfied with the current rules of general international law and prefer to turn to other principles, which may serve both as their polar star in international affairs and dictate the behaviour that they should adopt in their domestic legal systems (CASSESE, 2005, p. 389).

⁵³ O art. 14 do preâmbulo da Constituição de 1946, pertencente a atual conforme expressa previsão em seu preâmbulo, estabelece que “la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international. Elle n’entreprendra aucune guerre dans des vues de conquête et n’emploiera jamais ses forces contre la liberté d’aucun peuple”. Por sua vez, o título IV se preocupa com os tratados e acordos internacionais, versando sobre sua ratificação e lhes conferindo um grau hierárquico superior aos das leis francesas em caso de reciprocidade (art. 55).

Sem definir precisamente seu lugar na hierarquia das normas, particularmente no que diz respeito às tarefas que incumbem ao juiz constitucional, ela mostra que o Estado tem a obrigação de a respeitar e que por todos meios, a lei deve ser interpretada de maneira a satisfazer essa obrigação⁵⁴ (STIRN, 2016, p. 105).

Igualmente, a Constituição holandesa prevê um processo de internalização dos tratados similar ao brasileiro⁵⁵, além do efeito direto para normas oriundas de tratados mas é silente quanto ao costume internacional⁵⁶. Para tanto, a Corte Suprema decidiu que referida omissão foi intencional e por essa razão não seria possível para o judiciário holandês fundamentar suas decisões nas normas consuetudinárias internacionais. Ainda assim, o Parlamento estabelece de maneira não muito clara que as normas não escritas fazem parte do direito holandês (LIJNZAAD, 2016, p. 122–126).

5. A NORMA CONSUETUDINÁRIA INTERNACIONAL E O SEU USO PELAS CORTES SUPERIORES

5.1. As imunidades do Estado estrangeiro e sua aplicação nas Cortes

É raro o caso de aplicação de normas costumeiras internacionais pelos tribunais internos, não só pela falta de reconhecimento deste, mas também por, na prática jurisprudencial, considerar a norma interna e o direito convencional superiores (DAILLER; FORTEAU; PELLET, 2009, p. 377); é o caso do Brasil, onde são poucas as matérias que envolvem o tema. As imunidades de jurisdição de Estados soberanos, por terem fundamento no costume internacional e não em tratados internacionais, também não estando previstas na legislação brasileira, fornecem uma hipótese em que se pode analisar a aplicação do costume nos casos internos. Do levantamento jurisprudencial realizado, identificou-se quatro situações nas quais

⁵⁴ Sans définir précisément sa place dans la hiérarchie des normes, au regard notamment des missions qui incombent au juge constitutionnel, elle montre que l'Etat a l'obligation de la respecter et qu'à tout le moins, la loi doit être interprétée de manière à satisfaire cette obligation (STIRN, 2016, p. 105).

⁵⁵ Article 91 1. The Kingdom shall not be bound by treaties, nor shall such treaties be denounced without the prior approval of the States General. The cases in which approval is not required shall be specified by Act of Parliament. 2. The manner in which approval shall be granted shall be laid down by Act of Parliament, which may provide for the possibility of tacit approval. 3. Any provisions of a treaty that conflict with the Constitution or which lead to conflicts with it may be approved by the Houses of the States General only if at least two-thirds of the votes cast are in favor. Article 93 Provisions of treaties and of resolutions by international institutions which may be binding on all persons by virtue of their contents shall become binding after they have been published.

⁵⁶ Article 94 Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties that are binding on all persons or of resolutions by international institutions.

se discute a questão da imunidade de estado estrangeiro: reclamações trabalhistas, responsabilidade civil, atos de guerra e execução fiscal.

Até 1989 vigorava no Brasil o entendimento que as imunidades de jurisdição e de execução eram absolutas, apesar de mudanças na regra costumeira no quadro internacional, como a Apelação Civil 9.686-DF. O ponto de mudança jurisprudencial se encontra na Apelação Civil 9.696-3-SP, mais precisamente no voto do então Ministro Francisco Rezek⁵⁷ que demonstra a mudança na prática dos Estados, que passaram a aceitar a flexibilização da imunidade de Estado estrangeiro nos chamados “atos de gestão”, o que constituiria uma alteração do costume internacional, que reconhecia, até aquele momento, como absoluta a imunidade de Estados, não havendo mais razão para o Brasil negar-se a afastar a imunidade de jurisdição nos casos de ato de gestão do Estado estrangeiro⁵⁸. Segue ementa:

Estado estrangeiro. Imunidade de jurisdição. Causa trabalhista.

1. Não há imunidade de jurisdição para o Estado estrangeiro, em causa de natureza trabalhista.
2. Em princípio, esta deve ser processada e julgada pela Justiça do Trabalho, se ajuizada depois do advento da Constituição Federal de 1988 (art. 114).
3. Na hipótese, porém, permanece a competência da Justiça Federal, em face do disposto no parágrafo 10 do art. 27 do A.D.C.T. da Constituição Federal de 1988, c/c art. 125, II, da EC nº 1/69.
4. Recurso Ordinário conhecido e provido pelo Supremo Tribunal Federal para se afastar a imunidade de jurisdição reconhecida pelo Juízo Federal de 1º Grau, que deve prosseguir no julgamento da causa, como de direito (STF, AC 9.696-3, Rel. Min. Sydney Sanches, pleno, v.u., j. 31/05/1989).

A partir de então todos os acórdãos das cortes superiores passaram a julgar a matéria envolvendo imunidades estatais à luz da AC 9.696-3-SP. Em 1991, o Ministério das Relações Exteriores emitiu às Missões Diplomáticas acreditadas em Brasília Nota Circular nº 560/DJ/DPI/CJ consolidando referido entendimento:

⁵⁷ Em seu voto, Rezek afirma que “o único fundamento que tínhamos – já que as convenções de Viena não nos socorrem a tal propósito – para proclamar a imunidade do Estado estrangeiro em nossa tradicional jurisprudência, desapareceu: podia dar-se por raquítico ao final da década de setenta, e hoje não há mais como invocá-lo. Penso que o Constituinte brasileiro (...) não desafiou qualquer princípio de direito internacional público ao estabelecer, no art. 114, mera regra de competência; e nem o teria feito se tivesse ido além da regra de competência para dizer, a esta altura, que a imunidade não opera na ação de índole trabalhista contra a pessoa jurídica de direito público externo” (STF, AC 9.696-3, Rel. Min. Sydney Sanches, pleno, v.u., j. 31/05/1989).

⁵⁸ “Vê-se, desse raciocínio, que prevaleceu no plenário da Casa, que a jurisprudência brasileira mudava não porque o Brasil, como autoridade de direito internacional que é, resolvera deixar de conceder a imunidade absoluta, por razões relevantes, assim consideradas pelo país – como é o caso das reclamações trabalhistas, em que o reclamante sofria denegação de justiça, até mesmo pela impossibilidade de apresentar sua pretensão perante o país estrangeiro – mas porque outros países fizeram antes” (MAGALHÃES, 2000, p. 143).

O Ministério das Relações Exteriores cumprimenta as Missões Diplomáticas acreditadas em Brasília e, a fim de atender às frequentes consultas sobre processos trabalhistas contra Representações Diplomáticas e Consulares, recorda que:

a) Em virtude do princípio da independência dos poderes, consagrado em todas as Constituições brasileiras, e que figura no artigo segundo da Constituição de 1988, é vedada ao Poder Executivo qualquer iniciativa que possa ser interpretada como interferência nas atribuições de outro Poder.

b) A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, assim como a de 1963, sobre Relações Consulares, não dispõe sobre matéria de relações trabalhistas entre Estado acreditante e pessoas contratadas no território do Estado acreditado.

c) Ante o exposto na letra 'b', os Tribunais brasileiros, em sintonia com o pensamento jurídico atual, que inspirou, aliás, a Convenção Européia sobre Imunidade dos Estados, de 1972, o 'Foreign Sovereign Immunity Act', dos Estados Unidos da América, de 1976, e o 'State Immunity Act' do Reino Unido, de 1978, firmaram jurisprudência no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público externo não gozam de imunidades no domínio dos 'atos de gestão', como as relações de trabalho estabelecidas localmente.

d) A Constituição brasileira em vigor determina, em seu Art. 114, ser da competência da Justiça do Trabalho o conhecimento e julgamento desses litígios.

6. A FUNDAMENTAÇÃO DO USO DO COSTUME INTERNACIONAL

Conforme demonstrado no capítulo sobre a incidência da norma internacional no plano interno, o fundamento das imunidades do Estado estrangeiro no âmbito do direito internacional se localiza no costume internacional, mas o mesmo não necessariamente ocorre do ponto de vista do direito interno. Quando um juiz nacional reconhece a imunidade do Estado estrangeiro ele não necessariamente estará aplicando o costume internacional, mas sim o direito interno do próprio país que é alinhado com a norma internacional.

Ao analisar o porquê das normas internacionais serem aplicadas no âmbito interno, há uma clara diferenciação entre os fundamentos utilizados para o tratado e para o costume internacional. A fundamentação para aplicação do tratado internacional é clara porque sua obrigatoriedade deriva de uma norma interna, no caso brasileiro do Decreto de Promulgação. Por outro lado, a fundamentação da obrigatoriedade do costume internacional não é muito clara, variando entre os Estados.

Países como os Estados Unidos da América e Reino Unido possuem legislação específica sobre o tema de imunidade, *Foreign Sovereign Immunities Act* e *State Immunity Act* respectivamente. Quando confrontado com casos envolvendo imunidades de Estado

estrangeiro, o magistrado irá aplicar o direito interno que pode ou não estar de acordo com o direito internacional. Por outro lado, tem-se os Estados que fazem menção expressa da aplicação do costume internacional em sua legislação, ou seja, ocorre o fenômeno da recepção do direito consuetudinário internacional.

No entanto o ordenamento jurídico brasileiro é omissivo quanto à recepção do costume internacional o que acaba gerando o problema a ser enfrentado: qual seria o fundamento utilizado pelos juízes nacionais ao reconhecer sua aplicação nos casos concreto.

Observando os demais Estados e suas relações com o costume internacional, encontra-se dois fundamentos possíveis para aplicação do costume nos processos brasileiros: normas internas que podem ser entendidas como alinhadas às normas consuetudinárias internacionais e o efeito direto do costume internacional através de sua recepção tácita.

6.1. Interpretação sistemática da Constituição Federal

Em um primeiro momento, é possível entender que o Brasil reconhece a imunidade de Estados estrangeiros por conta de uma interpretação sistemática da Constituição Federal.

É possível depreender dos arts. 4º, V; 102, I, e; 105, II, c; e 109, II, CRFB/88 – o primeiro artigo é referente ao princípio da igualdade entre os Estados e os demais à competência para julgar litígios em que Estados estrangeiros figuram como parte – a imunidade dos Estados estrangeiros e sua relativização perante os “atos de gestão”. É possível dizer que o costume internacional encontra no direito brasileiro normas que preveem condutas que, se obedecidas, significarão observância, pelo Brasil, dos deveres que se originam do costume.

Esse entendimento encontra respaldo na doutrina. Ao estudar os casos em que haviam imunidades estatais, Liesbeth Lijnzaad afirma que as cortes nacionais preferem aplicar normas nacionais e citar de forma indireta o direito internacional⁵⁹.

É possível encontrar acórdãos nos tribunais superiores que sustentam esse entendimento, dentre eles os AgR ACO 543-4-SP, AgR ACO 633-1-SP, AgR ACO 645-SP. Nesses acórdãos o Ministro Carlos Ayres Britto declara em seu voto que as decisões devem ser fundamentadas na Constituição.

⁵⁹ “(The law on immunities) These are situations in which plaintiffs do not seek to directly rely on specific rules of international law, but rather claim that the understanding of applicable rules of domestic law needs to include reference to relevant international law, customary law included” (LIJNZAAD, 2016, p. 130)

Tenho, também, uma preocupação um pouco maior de forçar o tema da imunidade de jurisdição relativamente aos Estados estrangeiros, seja no plano da cognição, seja no plano de execução, de extrair o fundamento jurídico das nossas decisões não apenas dos tratados internacionais, não apenas dos costumes, mas extrair da própria Constituição Federal, mas de perto avanço do princípio constitucional que rege as relações internacionais do Brasil (art. 4º) que proclama a igualdade entre os Estados. A partir daí, penso ser possível uma teorização mais dogmática, mais assentada na própria Constituição (STF, AgR ACO 543-4-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, pleno, v. maioria, j. 30/08/2006).

No Superior Tribunal de Justiça (STJ) alguns magistrados também sustentam que a obrigatoriedade da observância das imunidades do Estado estrangeiro decorre de princípios constitucionais. No AgInt RO 76, o relator Min. Luis Felipe Salomão faz expressa menção do fundamento em direito pátrio, estando em conformidade com o observado no estudo de Lijnzaad.

Com efeito, a imunidade de jurisdição consubstancia prerrogativa da pessoa jurídica de direito público externo, sendo decorrência direta do princípio da soberania e da igualdade dos Estados no sistema internacional. Encontra amparo no direito consuetudinário, nos termos do axioma *par in parem non habet iudicium*, ou seja, “nenhum Estado soberano pode ser submetido contra sua vontade à condição de parte perante o foro doméstico de outro Estado (STJ, AgInt RO 76, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, v.u., j. 14/02/2017).

O posicionamento do Min. Ayres Britto para justificar a interpretação sistemática é passível de crítica é possível alegar que o mesmo reconhece a recepção do direito internacional ao utilizar o termo “não apenas”. O ministro reconhece que o fundamento jurídico das decisões envolvendo imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro é extraído de costumes, mas deseja também fundamentar essas decisões na Constituição Federal. Logo, pode-se dizer que seu posicionamento se localiza entre a interpretação sistemática e a recepção do direito internacional consuetudinário, uma vez que admite os dois.

6.2. A internalização da norma consuetudinária internacional

O que se observa é que o entendimento majoritário da jurisprudência, influenciado pelo voto do Min. Francisco Rezek na AC 9.696-3-SP, é o do recepcionamento tácito do costume

pelo direito brasileiro. Essa tendência foi percebida no relatório do Comitê Jurídico Interamericano sobre a imunidade dos Estados⁶⁰.

Em seu voto, o Min. Francisco Rezek afirma que a imunidade de jurisdição tem como fundamento o direito consuetudinário internacional e afirma que as cortes superiores o aplicam diretamente em seus processos.

Portanto, o único fundamento que tínhamos – já que as convenções de Viena não nos socorrem a tal propósito – para proclamar a imunidade do Estado estrangeiro em nossa tradicional jurisprudência, desapareceu: podia dar-se por raquítico ao final da década de setenta, e hoje não há mais como invocá-lo. Penso que o Constituinte brasileiro (...) não desafiou qualquer princípio de direito internacional público ao estabelecer, no art. 114, mera regra de competência; e nem o teria feito se tivesse ido além da regra de competência para dizer, a esta altura, que a imunidade não opera na ação de índole trabalhista contra a pessoa jurídica de direito público externo. (...) **O que ruiu foi o nosso único suporte para afirmação da imunidade numa causa trabalhista contra Estado estrangeiro, em razão da insubsistência da regra costumeira que se dizia sólida – quando ela o era –, e que assegurava a imunidade em termos absolutos** (grifo nosso) (STF, AC 9.696-3, Rel. Min. Sydney Sanches, pleno, v.u., j. 31/05/1989).

O Min. Celso de Mello também realiza raciocínio semelhante ao discutir a imunidade de jurisdição no AgR RE 222.368 – PE, evidenciando a mudança da prática nos Estados como fundamento para a mudança da aplicação do costume no direito pátrio.

Uma das razões decisivas dessa nova visão jurisprudencial de jurisdição dos Estados soberanos – **que, antes, como já enfatizado, radicava-se no plano dos costumes internacionais** – passou a encontrar fundamento jurídico em convenções internacionais (a Convenção Europeia sobre Imunidade dos Estados de 1972) ou, até mesmo, consoante informa LUIZ CARLOS STURZENEGGER, na própria legislação interna de diversos Estados. (...) O novo quadro normativo que se delineou no plano do direito internacional, e também no do direito comparado, permitiu – ante a realidade do sistema de direito

⁶⁰ “El Doctor Mata Prates advirtió que el tema teórico no es un problema; los jueces aplican el derecho consuetudinario, con excepción de Estados Unidos que posee una norma interna específica. Por lo tanto, se impone conocer las decisiones de los jueces nacionales en dichas cuestiones. [...] Con relación a los cuestionarios, observó que 12 países lo contestaron, de los cuales 8 informaron que no poseen leyes específicas en este tema. La totalidad de los Estados señalaron hacer referencia a la norma consuetudinaria en lo relativo a la inmunidad de jurisdicción. Además, se restringe la figura en cuanto a actividades comerciales (jus gestioni). La definición de dichos actos, en la mayoría de los Estados, depende de la apreciación que el juez haga siguiendo un análisis casuístico, sin una definición legal específica. [...] El Relator explicó que el mandato ha sido conocer el estado de situación en el Continente. Si bien hay muy pocas respuestas, es posible señalar que la inmunidad de jurisdicción se rige claramente por el derecho consuetudinario en la materia, con la excepción de Estados Unidos que tiene una norma interna muy completa. Esta constatación se impone a partir de fallos nacionales: el juez nacional no aplica una norma sino la jurisprudencia, de ahí la dificultad de dar una respuesta al cuestionario que impondría un análisis de la jurisprudencia de cada país” (DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL, 2017).

positivo dele emergente – que se construísse, inclusive no âmbito da jurisprudência dos Tribunais, e em função de situações específicas, a teoria da imunidade jurisdicional meramente relativa dos Estados soberanos. É por essa razão – já vigente o novo ordenamento constitucional brasileiro – que tanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto a do Superior Tribunal de Justiça consolidaram-se no sentido de reconhecer que, modernamente, não mais deve prevalecer, de modo incondicional, no que concerne a determinadas e específicas controvérsias – tais como aquelas de direito privado – o princípio da imunidade jurisdicional absoluta, circunstância esta que, em tais situações, legitima a plena submissão de qualquer Estado estrangeiro à jurisdição doméstica do Poder Judiciário nacional (grifo nosso)(STF, AgR RE 222.368, Rel. Min Celso de Mello, 2ª Turma, v.u., j. 30/04/2002).

O voto do Min. Luis Felipe Salomão no AgRg RO 68 do STJ⁶¹ também merece atenção, pois o mesmo faz menção expressa acerca da incorporação dos costumes no ordenamento jurídico nacional.

3. Com efeito, a imunidade de jurisdição consubstancia prerrogativa da pessoa jurídica de direito público externo, sendo decorrência direta do princípio da soberania e da igualdade dos Estados no sistema internacional. Encontra amparo no direito consuetudinário, nos termos do axioma “par in parem non habet iudicium”, ou seja, “nenhum Estado soberano pode ser submetido contra sua vontade à condição de parte perante o foro doméstico de outro Estado” (REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.175). 3.1. No ordenamento jurídico brasileiro não existe óbice legal ao exercício da jurisdição em face de soberania externa, conforme se depreende da redação do art. 109, II, da Constituição da República. **Todavia, o instituto da imunidade de jurisdição é reconhecido e aplicado pela jurisprudência pátria, que recepciona o costume internacional no direito interno.** De fato, “a matéria não foi regulamentada de forma expressa, dependendo de algumas normas gerais, presentes na Constituição e na prática dos tribunais” (ARAUJO, Nádia de. Direito internacional privado: teoria e prática brasileira. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 255). Dessa forma, o Judiciário brasileiro, por intermédio da Suprema Corte, adotou, por décadas, posição tradicional que rejeitava qualquer exceção à regra da imunidade, a qual se mantinha incólume e absoluta (Confira-se: RE 94.084, Relator Min. Aldir Passarinho, julgado em 12/3/1986). 3.2. Contudo, a evolução do direito das gentes - no sentido de limitar a imunidade gozada pelos Estados, aplacando situações injustas que

⁶¹ Em seu voto, o relator Min. Marco Aurélio Bellizze afirma: “Dessa forma, do mesmo modo que não há, de fato, fonte normativa que assegure a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro no ordenamento jurídico brasileiro – haja vista que as disposições do Código de Processo Civil (art. 88, III) e da Constituição Federal (art. 109, II) dizem respeito à distribuição da competência jurisdicional no âmbito interno do Estado –, também não existe norma que permita a submissão de outra nação soberana à jurisdição nacional brasileira, ante o princípio retromencionado, par in parem non habet iudicium, ressalva feita à renúncia expressa à imunidade de jurisdição, que não se verifica no caso dos autos, além da indiscutível natureza da conduta questionada como ato de império, circunstância que torna a imunidade de jurisdição, na espécie, absoluta”.

ficavam ao desabrigo de reparação - fez-se perceber no Brasil por ocasião do julgamento da Apelação Cível n. 9.696 – caso Genny de Oliveira –, quando então o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de processar ente soberano externo em causas envolvendo crédito de natureza trabalhista (grifo nosso)(STJ, AgRg RO 68, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 2ª Seção, v. maioria, j. 09/12/2015).

Apesar do Min. Bellizze ter sido voto vencido, houve concordância entre os ministros quanto ao fundamento da aplicação do costume internacional no caso concreto. É o que evidencia a própria ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. AFUNDAMENTO DE NAVIO. SEGUNDA GUERRA MUNDIAL. MAR TERRITORIAL BRASILEIRO. ESTADO ESTRANGEIRO. ATO DE IMPÉRIO. IMUNIDADE ABSOLUTA. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL PACIFICADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Ambas as Turmas que compõem a Segunda Seção reiteradamente orientam que é de natureza absoluta a imunidade de jurisdição decorrente de ato de império, por força do princípio *par in parem non habet iudicium*, segundo o qual, nessas hipóteses, nenhum Estado soberano pode ser submetido, contra a sua vontade, à condição de parte perante o foro doméstico de outro Estado (Precedentes: AgRg no RO n. 129/RJ, Relator o Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 15/10/2014; AgRg no RO n. 107/RJ e 108/RJ, Relator o Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe de 3/2/2014; AgRg no RO n. 121/RJ, Relator o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 31/3/2014; RO n. 134/RJ, Relator o Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe de 22/8/2013; AgRg no RO n. 110/RJ, Relatora a Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 24/9/2012; AgRg no RO n. 65/RJ, Relator o Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe de 3/5/2010 RO n. 72/RJ, Relator o Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe de 8/9/2009; RO n. 66/RJ, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, DJe de 19/5/2008).

2. Agravo regimental improvido (STJ, AgRg RO 68, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 2ª Seção, v. maioria, j. 09/12/2015).

Além dos votos já citados, há inúmeras ementas que afirmam a internalização da norma consuetudinária como sendo o entendimento majoritário das cortes superiores.

ESTADO ESTRANGEIRO. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. O princípio da imunidade de jurisdição de Estados estrangeiros era entre nós adotado, não por força das Convenções de Viena, que cuidam de imunidade pessoal mas em homenagem a costumes internacionais. Ocorre que esses tendo evoluído, não mais se considera essas imunidades como absoluta, inaplicável o princípio quando se trata de litígios decorrentes de relações rotineiras entre o Estado estrangeiro, representado por seus agentes, e os súditos do país em que atuam. Precedente do Supremo

Tribunal Federal. (STJ, AC 7, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, v.u., j. 03/04/1990).

RECURSOS ORDINÁRIOS EM MANDADO DE SEGURANÇA.

1. UNIÃO. REQUERIMENTO DE INTERVENÇÃO COMO ASSISTENTE SIMPLES. DEFERIMENTO. Trata-se de mandado de segurança em que se discute a legalidade de penhora que recaiu sobre imóvel dos Estados Unidos da América, centrando-se o debate sobre o caráter absoluto ou relativo da imunidade de jurisdição conferida aos Estados estrangeiros. Considerando, pois, o tema em debate, bem como o princípio da reciprocidade que orienta as relações entre Estados estrangeiros, inequívoco o interesse jurídico da União para intervir na lide na condição de assistente simples dos Estados Unidos da América, na forma do artigo 50, parágrafo único, do CPC c/c art. 769 da CLT.

2. ESTADO ESTRANGEIRO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO A PENHORA. CABIMENTO. **Em face da imunidade de jurisdição de que são beneficiários os estados estrangeiros, resultante de regra costumeira de direito internacional (“par in parem non habet iudicium”)**, não se pode exigir que a discussão acerca da licitude do ato de apreensão patrimonial, determinada pela autoridade judiciária nacional, seja deduzida em sede de embargos à penhora. Afinal, se os atos de apreensão patrimonial pressupõem a própria possibilidade de atuação da jurisdição nacional, a qual apenas se legitima sobre bens não afetados à atividade de representação do Estado estrangeiro, não há como excluir o debate em questão da via especial do mandado de segurança, na linha da jurisprudência da Excelsa Corte e deste Tribunal Superior do Trabalho.

3. ESTADO ESTRANGEIRO. PENHORA DE IMÓVEL. PROVA DA AFETAÇÃO À ATIVIDADE DIPLOMÁTICA OU CONSULAR NÃO PRODUZIDA. IMPOSSIBILIDADE DE ULTIMAÇÃO DOS ATOS DE EXPROPRIAÇÃO. Na linha da jurisprudência do TST, coerente com as modernas correntes doutrinárias do Direito Internacional Público, em execução de sentença, a imunidade de jurisdição reconhecida aos Estados estrangeiros detém caráter relativo. Nesse cenário, apenas os bens vinculados ao exercício das atividades de representação consular e diplomática estarão imunes à constrição judicial, não havendo, portanto, em relação a eles, e apenas em relação a eles, possibilidade de atuação do Poder Judiciário nacional. No caso examinado, foi determinada a penhora de imóvel, em razão de presunção de não afetação à atividade de representação diplomática ou consular, extraída do silêncio do ente estrangeiro executado, que fora regularmente intimado para manifestação pela via diplomática. O exame dos autos originários revela a juntada pela exequente de documentos que tão somente atestam a propriedade dos imóveis, inexistindo, contudo, prova inequívoca de que o bem atingido pelo gravame está ou não afetado à missão diplomática ou consular da pessoa jurídica de direito público externo. Nesse contexto, por força do disposto no art. 22 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, não se revela possível prosseguir na expropriação do referido bem, devendo ser interrompidos os atos de expropriação, que apenas poderão ser retomados se demonstrado, de forma inequívoca, que o bem não se encontra afetado

à missão diplomática ou consular. Ainda que a inércia ou o silêncio do ente estrangeiro, que fora formal e regularmente intimado para manifestação, evidencie postura processualmente censurável e dissintânea dos padrões éticos que devem ser observados nas relações entre estados estrangeiros, é certo que as regras legais que impõem deveres processuais às partes (por exemplo, os artigos 339 e 340 do CPC), e de cujo descumprimento podem ser extraídas presunções, apenas alcançam aqueles que se sujeitam, de forma indubitosa, à jurisdição nacional, o que não ocorre no caso dos autos. Em outras palavras, a cláusula da imunidade de jurisdição, na fase processual do cumprimento da sentença, apenas poderá ser relevada por meio de renúncia expressa do ente jurídico externo ou se demonstrado pela parte exequente que o bem por ela indicado à apreensão não está efetivamente afetado às atividades de representação do Estado estrangeiro. Não sendo esta a hipótese dos autos, não há como dar curso à execução, com a adoção das medidas de expropriação do bem indevidamente apreendido. Recursos ordinários conhecidos e parcialmente providos.

3. AÇÃO CAUTELAR EM APENSO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Considerando a solução do processo principal, julga-se procedente o pedido deduzido na ação cautelar, confirmando-se a decisão liminar de concessão de efeito suspensivo ao recurso ordinário do Estado estrangeiro e impedindo o prosseguimento da execução na reclamação trabalhista em relação ao imóvel penhorado. Pedido cautelar procedente (grifo nosso)(TST, RO 188-04.2014.5.10.0000, Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, SDI-2, v.u., j. 29/09/2015).

Esses acórdãos citados são meros exemplos da compreensão da aplicação do juiz brasileiro da aplicação do costume internacional no direito interno. A partir deles é possível afirmar que a norma consuetudinária internacional é dotada de efeito direto, uma vez que o direito brasileiro reconhece tacitamente sua obrigatoriedade no plano interno.

6.3. O juiz nacional como sujeito de direito internacional

Em última instância, é possível afirmar que a norma aplicada pelo juiz nacional estará em conformidade com o costume internacional, uma vez que sua decisão seria uma autointerpretação apenas.

A teoria do *dédoublment fonctionnel*⁶² afirma que o juiz nacional ao aplicar o direito internacional no plano interno ele age como autoridade e sujeito ao mesmo tempo. Teoria foi

⁶² Para George Scelle o *dédoublment fonctionnel* poderia ocorrer em três situações: ordem legislativa, “l’intervention et la collaboration des autorités diplomatiques et parlementaires des différents Etats pour l’élaboration du droit positif interétatique”; matéria de jurisdição, “notamment dans les litiges entre particuliers, dans lesquels les tribunaux nationaux vont fonctionner comme tribunaux internationaux”; e matéria executiva ou governamental, “l’emploi de la force et à la guerre (à laquelle on s’efforce de substituer d’autres procédures), soit

pensada em momento anterior ao surgimento das inúmeras cortes internacionais e tentava apresentar uma solução para a resolução de conflitos interpessoais envolvendo normas de direito internacional⁶³(SCELLE, 1933, p. 518).

A decisão de um juiz nacional, mesmo em última instância, é apenas um fato que pode ser lícito ou ilícito perante o direito internacional, cabe lembrar o caso *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy - Greece intervening)*. A Itália, em suas cortes, entendeu que o costume internacional poderia ser afastado perante norma de *jus cogens*, perante violações graves de direitos humanos, o que foi contestado pela Alemanha. Foi necessário que a Corte Internacional de Justiça julgasse o caso e dissesse qual o direito a ser aplicado, o que restou demonstrado que a interpretação da Itália era equivocada. Ainda assim, a decisão da CIJ vincula apenas os países envolvidos, servindo meramente como evidência para a interpretação da aplicação da mesma norma pelos demais Estados.

Esse entendimento acerca da licitude ou não da decisão do juiz nacional é apenas possível por ele ser um sujeito de direito internacional. Em última instância, perante o direito internacional, o juiz é o Estado⁶⁴ que por sua vez é um sujeito do direito internacional (MAGALHÃES, 2000, p. 17). Afirmção é possível porque o Estado nunca será autoridade do direito internacional isoladamente, diferente do que ocorre com as cortes internacionais.

CONCLUSÃO

O costume internacional é uma das fontes do direito internacional e, apesar de não ser convencional, apesar da preferência por normas convencionais e o aumento do fenômeno da codificação, diversas áreas do direito internacional ainda são regidas por ele. A própria existência de um tratado não afasta a aplicação do costume aos Estados que não forem signatários, conforme disciplina o art. 38 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁶⁵.

pour la réalisation des situations juridiques, soit pour le maintien de l'ordre, soit même, nous le verrons, pour -le changement du droit positif" (SCELLE, 1933, p. 427).

⁶³ Scelle afirma que "depuis la disparition des tribunaux consulaires et mixtes dans les rapports normaux entre peuples, il ne peut pas y avoir d'autre solution" (Ibid. 1933, p. 518)

⁶⁴ "Afinal, o Juiz é o Estado e atua em seu nome, sobretudo quando decide questões que interferem com a ordem internacional, ou por ela reguladas por normas de observância compulsória, como as que dizem respeito aos direitos humanos, genocídio, crimes contra a humanidade e outras a que a comunidade internacional confere tal qualidade" (MAGALHÃES, 2000, p. 17).

⁶⁵ "Nada nos artigos 34 a 37 impede que uma regra prevista em um tratado se torne obrigatória para terceiros Estados como regra consuetudinária de Direito Internacional, reconhecida como tal".

Por ser uma das fontes de direito internacional às quais os Estados estão sujeitos, a sua inobservância pode incorrer em um ilícito internacional por parte do Estado que a praticou. Isso demonstra a importância de se analisar o direito interno de um país e sua relação com a norma consuetudinária internacional.

As imunidades do Estado estrangeiro, em especial a imunidade de jurisdição, são uma das regras costumeiras mais antigas e a falta de um tratado internacional em vigor nessa área demonstra sua importância e o impacto que exerce na relação entre os Estados, o impacto em suas políticas externas. Elas permitem um vislumbre aos fundamentos utilizados para afastar ou aplicar o costume internacional no direito interno.

A imunidade de jurisdição sofreu uma flexibilização a partir da década de 1970 com o surgimento de leis nacionais e convenções regionais diferenciando “atos de gestão” de “atos de império”, este último continuando com a imunidade absoluta. Como evidência da mudança na prática internacional é possível citar o *Foreign sovereign immunities act* dos EUA de 1976, *States immunities act* do Reino Unido de 1978 e a Convenção Europeia sobre Imunidades dos Estados de 1972 (Convenção Europeia da Basileia).

É possível dizer que essa flexibilização gerou um novo costume, pois até o momento a reação da comunidade internacional, principal evidência do costume, foi no sentido de recepcionar a mudança.

O STF começou a diferenciar “atos de gestão” de “atos de império” na AC 9.696-3 com o voto do Min. Francisco Rezek. Para mudar entendimento jurisprudencial da corte, que até então entendia que a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro era absoluta em todas as situações, o ministro demonstra mudança na prática internacional e alega alteração do costume e, com isso, o único fundamento que o STF tinha para alegar imunidade absoluta havia deixado de existir.

A partir desse acórdão as cortes superiores começaram a mudar seus entendimentos, os alinhando ao voto do Min. Rezek. A maioria dos acórdãos passou a procurar evidência do costume internacional na prática dos outros Estados, aplicando-o nos casos concretos sob a justificativa de ser o único fundamento para a decisão.

Foi identificado outro fundamento para empregar a imunidade de jurisdição, a Constituição Federal. Através de uma interpretação sistemática de seus artigos, com especial atenção para o princípio da igualdade entre Estados e as competências das cortes para julgar

causas em que uma pessoa jurídica de direito externo figura como parte, seria possível concluir que os Estados estrangeiros têm imunidade relativa de jurisdição. O cumprimento dessas normas significa observância do costume internacional. Mas essa justificativa resta minoritária na jurisprudência.

Com esse padrão de fundamentações foi possível entender que mesmo o ordenamento jurídico brasileiro sendo omissivo, isso não impede que o costume internacional incida no caso concreto. Portanto, é possível arguir que o costume internacional é dotado de efeito direto dado que sua obrigatoriedade é reconhecida de forma tácita.

Ainda assim, a aplicação do costume internacional pelo magistrado brasileiro é passível de falhas, pois é ele quem vai dizer o que é o costume internacional no direito interno. Por outro lado, do ponto de vista internacional ele é um sujeito de direito internacional pois representa o Estado nas suas decisões, ele não é competente para dizer qual é a correta norma internacional no âmbito internacional.

A decisão do juiz nacional é mera autointerpretação do direito internacional, é dizer que é um fato para o direito internacional e, por conseguinte, pode ser considerado lícito ou ilícito pelas autoridades competentes para tal.

Portanto, em última análise o juiz nacional age como sujeito de direito internacional o que torna possível que sua decisão esteja em desacordo com a norma internacional. A teoria do *dédoublement fonctionnel* elaborada por Georges Scelle resta equivocada pois não há como um Estado ser autoridade de direito internacional uma vez que ele é incapaz de o ser isoladamente.

REFERÊNCIAS

BOGDANDY, A. VON. Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law. **International Journal of Constitutional Law**, v. 6, n. 3, p. 397–413, 2008.

BURKE-WHITE, W. W. International Legal Pluralism. **Michigan Journal of International Law**, v. 25:963, 2004.

CASSESE, A. Modern Constitutions and International Law. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye**, v. 192, p. 331–476, 1985.

CASSESE, A. **International law**. 2ª ed. New York: Oxford University Press, 2005.

COMPARATIVE CONSTITUTIONS PROJECT; GOOGLE. **The constitute project**. Disponível em: <<https://www.constituteproject.org/>>. Acesso em: 6 out. 2017.

CONSEIL D'ETAT. **La place de la coutume internationale en droit public français**. Disponível em: <www.conseil-etat.fr/content/download/3016/9076/version/1/file/place-de-la-coutume-internationale-endroit-public-francais.pdf>. Acesso em: 5 mai. 2016.

DAILLER, P.; FORTEAU, M.; PELLET, A. **Droit international public**. 8^a ed. Paris: L.G.D.J., 2009.

DENZA, E. The Relationship between International and National Law. In: EVANS, M. D. (Ed.). **International Law**. 3rd. ed. New York: Oxford University Press, 2010. p. 411–438.

DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL. **Temario anotado del Comité Jurídico Interamericano: 91º período ordinario de sesiones**. Rio de Janeiro: [s.n.]. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/DDI-doc_4-17.pdf>.

KELSEN, H. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international publique. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye**, p. 231–331, 1926.

LIJNZAAD, L. Customary International Law before Dutch Courts: Nyugat and beyond. In: LIJNZAAD, L.; L'EUROPE, C. DE (Eds.). **Le juge et la coutume internationale**. Leiden: BRILL NIJHOFF, 2016. p. 121–134.

LUPI, A. L. P. B. O Brasil é dualista? Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 46, n. 184, p. 29–45, 2009.

MAGALHÃES, J. C. DE. **O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MALANCZUK, P. **Akehurst's modern introduction to international law**. 7^a Ed. rev ed. London: Routledge, 2010.

MAZZUOLI, V. DE O. **Curso de direito internacional público**. 7^a ed. rev ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, C. D. A. **Curso de Direito Internacional Público, vol. 1**. 12^a rev. e ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NOLLKAEMPER, A. The duality of direct effect of international law. **European Journal of International Law**, v. 25, n. 1, p. 105–125, 2014.

REZEK, J. F. **Direito internacional público: curso elementar**. 10^a ed. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROUSSEAU, C. **Droit international public v. 1**. 11^a ed. ed. Paris: Dalloz, 1987.

SCELLE, G. Règle général du droit de la paix. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye**, p. 358–359, 1933.

SHAW, M. N. **International law**. 6^a Ed. ed. New York: Cambridge University Press, 2008. v. 1

STIRLING-ZANDA, S. **L'application judiciaire du droit international coutumier: Étude comparée de la pratique européenne**. Zürich: Schulthess, 2000.

STIRN, B. La place de la coutume internationale en droit public français. In: LIJNZAAD, L.; L'EUROPE, C. DE (Eds.). **Le juge et la coutume internationale**. Leiden: BRILL NIJHOFF, 2016. p. 101–105.

SWEET, A. S. Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes. **Faculty Scholarship Series**, v. Paper 1295, p. 963–979, 2009.

TRIEPEL, C. H. Les rapports entre le droit interne et le droit international. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye**, p. 77–121, 1923.

WEBB, P. The Immunity of States, Diplomats and International Organizations in Employment Disputes The New Human Rights Dilemma. **The European Journal of International Law**, v. 27, n. 3, p. 745–767, 2016.