

O NOVO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E O CONFLITO DE FONTES NA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

THE NEW PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND THE CONFLICT OF SOURCES IN THE
INTERNACIONAL LEGAL COOPERATION

*André de Carvalho Ramos**

Resumo:

O Direito Internacional Privado contemporâneo possui na cooperação jurídica internacional uma de suas áreas de maior dinamismo. A existência de fontes internacionais e internas da cooperação jurídica internacional exige uma análise da solução dos conflitos de fontes.

Palavras-chave: Direito internacional privado. Cooperação jurídica internacional. Fontes internacionais. Fontes nacionais. Conflitos de fontes.

Abstract:

The current Private International Law treats the international legal cooperation as one of its most dynamic subjects. However, the existence of both international and national law sources of legal cooperation requires a study of conflict of sources.

Keywords: Private International Law. International legal cooperation. International law sources. Domestic sources of law. Conflict of law sources.

Introdução

No número de homenagem dos 120 anos da tradicional e marcante *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* (1893-2013), escolhi um tema com relativa pouca bibliografia nacional: os novos contornos da cooperação jurídica internacional no seio de um Direito Internacional Privado revigorado do Brasil do século XXI.¹

O pilar do estudo da nossa linha de pesquisa sobre a Cooperação Jurídica Internacional (CIJ) na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo é o uso da centralidade dos direitos humanos para a interpretação dos institutos vinculados à matéria (carta rogatória, homologação de sentença estrangeira, entre outros), evitando o vício da

* Professor Associado do Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Procurador Regional da República. Atual Procurador Regional Eleitoral do Estado de São Paulo.

¹ Para divulgar o estudo do tema, apresentei - ainda em 2008 e em conjunto com o Prof. Wagner Menezes - proposta de disciplina na Pós-Graduação denominada "Cooperação Jurídica Internacional" a qual ministro desde então. Além disso, estou vinculado à Linha de Pesquisa de *Direito Internacional Privado* no Departamento de Direito Internacional e Comparado da Faculdade de Direito da USP (CAPES 6).

interpretação centrada na desconfiança e nos interesses dos Estados (o que, inclusive, pode levar ao sacrifício de direitos protegidos internacionalmente).²

Esse norte é também o que utilizo na interpretação do novo Direito Internacional Privado, que deve resgatar a universalidade dos direitos como paradigma de interpretação, superando a visão voltada aos particularismos da prevalência da *lex fori* e do (mal) uso das leis de aplicação imediata e da cláusula de ordem pública, que podem fragmentar a interpretação do Direito Internacional Privado, levando à desconsideração de direitos constituídos em outros ordenamentos.³

O problema central da cooperação jurídica internacional do século XXI, aliás, é o mesmo do Direito Internacional Privado: conciliar o *indispensável uso do direito estrangeiro* em face das inevitáveis diferenças de interpretação desses mesmos direitos, que podem redundar em alegações de respeito à ordem pública e normas imperativas do foro.

O desafio do Direito Internacional Privado do século XXI consiste em não naufragar no mar turbulento das alegações de violações de direitos *tais quais interpretados* pela *lex fori*. No caso da cooperação jurídica internacional, o risco é o mesmo, sendo hoje comum em vários casos brasileiros constatarmos a defesa (apaixonada, muitas vezes) de denegação da cooperação pretendida sob a alegação de violação de direitos *tais como interpretados* internamente.

Por exemplo, presenciei, em 2007, em uma restrita mesa científica sobre *ordem pública e a cooperação jurídica internacional*, a inflamada argumentação de um advogado que exigia a denegação de toda e qualquer cooperação jurídica internacional – Brasil como Estado Requerido, visando auxiliar a persecução de outro Estado Requerente – que não observasse *todo o processo brasileiro*, que, como norma de Direito Público, teria natureza de norma imperativa. Como nenhum país do mundo tem, obviamente, o mesmo modelo processual de outro, o Brasil deveria fechar as portas para qualquer cooperação pleiteada...

² Exemplo dessa nova visão da cooperação jurídica internacional está na recente obra de ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013. Ver também CASELLA, Paulo Borba. SANCHEZ; Rodrigo Elian. *Cooperação judiciária internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

³ Ver mais em GAUDEMET-TALLON, Hèlene. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel). Cours général. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, t. 312, p. 9-488, 2005. LALIVE, Pierre. Tendances et méthodes en droit international privé. Cours general. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, t. 155, p. 1-424, 1977. POCAR, Fausto. La protection de la partie faible en droit international privé. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, t. 188, p. 343-409, 1984.

Por outro lado, é um truísmo a afirmação da necessidade do Direito Internacional Privado respeitar os direitos humanos, pois todo o ordenamento jurídico internacional – e nacional – deve respeito a essa nova centralidade.⁴

O importante – na minha pesquisa – é encontrar uma fórmula que dê coerência e consistência à *interpretação* que é dada a esses direitos, em um cenário de expansão e conflitos latentes entre direitos de titularidades distintas.

Esse “cenário de conflitos” é típico cenário de um Direito Internacional Privado pós-moderno, no qual indivíduos distintos clamam pela *gramática dos direitos humanos* na aplicação ou rechaço do direito estrangeiro para reger suas pretensões.⁵

Como exemplo, cito um caso célebre que envolve o Direito de Família (tradicional subárea do Direito Internacional Privado) e a cooperação jurídica internacional (no caso, cível), o caso *Sean Goldman*,⁶ no qual houve intensa disputa pela guarda entre o pai biológico e o padrasto do menino, em face da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (1980).⁷

O cerne da discussão do caso foi a *interpretação* do que seria o *melhor interesse da criança* (“best interest of the child”) previsto na Convenção, e, em especial o disposto no art. 12 (denegação do retorno pela integração da criança ao seu novo meio)

⁴ Sobre a nova centralidade do Direito Internacional, ver CARVALHO RAMOS, André de. A pluralidade das ordens jurídicas e a nova centralidade do direito internacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, no prelo, 2013. No Direito Internacional Privado, há anos o estudo de várias facetas dos direitos humanos no DIPr no Brasil é realizado por Cláudia Lima Marques e por Nadia de Araújo. Ver, entre outras obras, MARQUES, Cláudia Lima. Human Rights as a Bridge between Private International Law and Public International Law: the protection of Individuals (as Consumers) in the Global Market. In: ARROYO, Diego P. Fernández e Marques, C. Lima (Org.). *Derecho internacional privado y derecho internacional público: un encuentro necesario*. Asunción: CEDEP, 2011. p. 363-389. ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileiras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, em especial p. 07 e seguintes. Os escritos de Erik Jayme também são referência na matéria. Ver, entre outros, JAYME, Erik. O direito internacional privado no novo milênio: a proteção da pessoa humana em face da globalização. In: ARAUJO, Nadia de; MARQUES, Claudia Lima (Org.). *O novo direito internacional. estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 03-20. E ainda sua participação, em 2000, no *Recueil*: JAYME, Erik. Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, t. 282, p. 9-40, 2000.

⁵ Sobre a pós-modernidade no Direito Internacional Público, ver a imprescindível tese de Paulo Borba Casella, com a qual o citado Autor conquistou a tradicional cátedra de Direito Internacional Público das Arcadas. CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. Mais voltado ao Direito Internacional Privado, conferir JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, t. 251, p. 09-267, 1995.

⁶ Só no Supremo Tribunal Federal, há vários feitos que envolvem esse caso: HC 101.985, HC 99.945, Recurso Ordinário em HC 102.871, MS 28.524 e MS 28.525. No Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ver Apelação Civil 2009.51.01.018422-0, TRF 2ª Região, 5ª Turma Especializada, Data do Julgamento: 16/12/2009, Relator Desembargador Federal Fernando Marques.

⁷ Promulgada, internamente, pelo Decreto n. 3.413, de 14 de abril de 2000.

e também no art. 13, alínea “b” (existência de grave risco de dano caso a criança seja devolvida).

Ambas as soluções possíveis – devolução ou ainda denegação da devolução – foram defendidas pelos dois lados utilizando-se a gramática dos direitos.

A interpretação diferia, e o palco sobre a incidência dos direitos humanos no Direito Internacional Privado é agora o modo (e os parâmetros) pelos qual o intérprete concebe os direitos humanos.

Deve utilizar o modo de incidência da *lex fori*, o que geraria uma nova territorialização do DIPr? É possível que a universalização dos direitos humanos (e a interpretação internacionalista que acompanha tal fenômeno⁸) também gere uma internacionalização da interpretação dos direitos humanos incidentes nesse novo Direito Internacional Privado? Assim, o Direito Internacional Privado e, sua subárea, a cooperação jurídica internacional, merecem uma nova reflexão sob o olhar crítico dos direitos humanos.⁹

Para iniciar os estudos desse “cenário de conflitos” do Direito Internacional Privado da atualidade, foco, no presente artigo, na temática do *conflito entre as fontes* da cooperação jurídica internacional e as (possíveis) soluções, sempre levando em consideração a possibilidade de *divergência* na interpretação dos institutos (choque entre a interpretação internacionalista e a interpretação doméstica).

1. Aspectos gerais da cooperação jurídica internacional

A cooperação jurídica internacional consiste no conjunto de regras internacionais e nacionais que rege atos de colaboração entre Estados, ou mesmo entre Estados e organizações internacionais, com o objetivo de facilitar o acesso à justiça.

Esses atos de colaboração envolvem atividades de solicitação e cumprimento de medidas extrajudiciais (por exemplo, solicitação de informação do Direito vigente em um Estado) e judiciais. Nesse último caso, a cooperação jurídica internacional abrange a colaboração para o cumprimento de medidas pré-processuais, de desenvolvimento regular de um processo e de execução.

Em geral, a doutrina estuda a cooperação jurídica internacional entre Estados, mas é também possível a cooperação jurídica entre Estado e determinada organização

⁸ Ver sobre a interpretação internacionalista dos direitos humanos em CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁹ Essa vertente da discussão sobre a incidência dos direitos humanos no Direito Internacional Privado é também verificada nos casos de cooperação jurídica internacional, como se vê no recente livro de Denise Abade. ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

internacional (que denominaremos *cooperação jurídica internacional vertical*), tema que já impacta o Brasil.¹⁰

Quanto à *terminologia*, não há unanimidade para designar a cooperação jurídica entre os Estados ou entre Estados e organizações internacionais – ou nem mesmo para delimitar o alcance do instituto.

Encontramos, em obras publicadas em português, as expressões “cooperação jurídica internacional”, “cooperação judiciária internacional”, “cooperação judicial internacional”, “assistência mútua internacional” e “cooperação jurisdicional internacional”. Nos países europeus, também impera a diversidade. Por exemplo, na França, Bélgica e em partes da Suíça, usa-se “*entraide judiciaire*”. Na Espanha, utilizam-se “*cooperación judicial internacional*” e “*asistencia judicial*”.¹¹

No Brasil, há razoável consenso em torno da terminologia “cooperação jurídica internacional” pelos seguintes motivos: 1) o uso do termo “judiciária” é por demais restritivo, pois excluiria os atos extrajudiciais, como a cooperação para a informação do Direito; 2) o termo “assistência jurídica” designa espécie do gênero “cooperação”, podendo seu uso gerar confusão; 3) o termo “jurisdicional” induz o leitor a entender a cooperação somente restrita a processos, o que exclui indevidamente as medidas extrajudiciais; 4) por sua vez, é adequado o uso do termo “cooperação *jurídica*”, pois este exclui – agora devidamente – a cooperação meramente administrativa, como é o caso da cooperação policial no seio da Interpol (Organização Internacional de Polícia - Interpol).

Assim, a designação para a colaboração recíproca entre Estados e entre Estados e organizações internacionais para a realização de atos extrajudiciais, pré-processuais e processuais é *cooperação jurídica internacional*, pois engloba os órgãos jurídicos competentes e com atribuição para realizar tais atos, bem como especifica a faceta transfronteiriça de tal colaboração (*internacional*).

No Brasil, além da doutrina especializada,¹² os projetos de lei de reforma do CPC e do CPP, além dos projetos específicos usam o termo “cooperação jurídica internacional”. Também o Poder Executivo Federal, ao regular administrativamente

¹⁰ Ver tese de doutorado defendida, em 2012, nas Arcadas, sob minha orientação de VERGUEIRO, Luiz Fabrício Thaumaturgo. *Implementação da cooperação jurídica vertical*. 2012. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

¹¹ Conferir em ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 28-30.

¹² ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013. ARAUJO, Nadia de. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do estado brasileiro no plano interno e internacional. In: *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: matéria penal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2008. p. 39-55. SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

seu órgão responsável (DRCI – Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional), utiliza a mesma terminologia.¹³

Por conseguinte, visando buscar harmonização nas designações, utilizaremos o termo “cooperação jurídica internacional”, conforme os textos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais brasileiros mais atuais.

2. A Cooperação Jurídica Internacional, sua inserção no Direito Internacional Privado e relacionamento com demais disciplinas

Em que pese a superação das divisões estanques entre os ramos do Direito, a cooperação jurídica internacional integra a disciplina de *Direito Internacional Privado*.

O Direito Internacional Privado (DIPr), grosso modo, consiste em ramo do Direito que busca soluções adequadas para os problemas emergentes das relações, em geral privadas e excepcionalmente públicas, de caráter internacional.¹⁴

O objeto do DIPr abarca (i) a seleção da *lei aplicável* a relações jurídicas que possuem vínculo com dois ou mais ordenamentos jurídicos, além (ii) da determinação da *jurisdição* nacional que pode conhecer litígios sobre tais relações, e ainda rege as (iii) regras que permitem a *colaboração e, eventualmente, execução* de um ato do sistema de justiça estrangeiro em outro Estado.

O DIPr é fruto da existência de uma *constelação de Estados nacionais*, que, em nome da soberania, regem a conduta social em próprio território, mas enfrentam, por sua vez, relações *plurilocalizadas*, com contatos com dois ou mais ordenamentos jurídicos, que exigem circulação de direitos e obrigações para além das fronteiras. O DIPr possui justamente a função de criar, para tais relações plurilocalizadas, um ambiente de estabilidade e continuidade transfronteiriça.

Essa função do DIPr atende aos objetivos do Direito Internacional referentes à eliminação de tensões entre Estados (que poderiam ser geradas pela negativa da circulação de direitos e impedimento à cooperação jurídica internacional, por exemplo) e ainda logrando preservar os direitos humanos no âmbito global, evitando que as fronteiras políticas gerem denegação de justiça.

Sistematiza-se um corpo de normas que estabelece critérios para escolha da lei aplicável e da jurisdição nacional de regência de eventuais litígios sobre tais condutas. Com isso, os Estados nacionais aceitam *aplicar direito estrangeiro* internamente (escolha

¹³ O termo “cooperação jurídica” também passou a ser utilizado a partir de 2004 pelos órgãos oficiais do Executivo brasileiro, em especial pelo Ministério da Justiça, a partir da Portaria n. 2.199 em 10.08.2004.

¹⁴ Inspirado, com adaptação, na clássica definição de Ferrer Correia. Ver FERRER CORREIA, A. *Lições de direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1, p. 11.

da lei aplicável) e ainda determinam quando seu próprio Judiciário pode dirimir causas, evitando abranger litígios que deveriam ser solucionados por outro Estado (escolha da jurisdição).

A cooperação jurídica internacional, por sua vez, refere-se à aplicação do direito estrangeiro de modo *indireto*: ao aceitar colaborar com um ato oriundo da jurisdição estrangeira, aplica-se, por via indireta, o direito estrangeiro que embasou a adoção de tal ato.

No Brasil, as normas de Direito Internacional Privado estão dispersas em diversos diplomas normativos *nacionais* e *internacionais*, exigindo que o estudioso da cooperação jurídica internacional faça uma sistematização de várias fontes para que se tenha um conhecimento ordenado da matéria. Não há, por exemplo, uma Lei Geral de Direito Internacional Privado, apesar dos projetos de lei e tentativas doutrinárias.

Por outro lado, há proximidade da cooperação jurídica internacional com as outras disciplinas internas – além de sua inserção no Direito Internacional - todas indispensáveis para o estudo da matéria.

O *Direito Constitucional* é importante, pois a CF/88 trata expressamente da CJI e ainda estipula vários direitos fundamentais que são indispensáveis no estudo da matéria, como o direito de acesso à justiça, devido processo legal e vedação de provas ilícitas, entre outros e que serão debatidos em vários momentos da cooperação jurídica internacional.

O *Direito Processual Civil e Penal* aborda a CIJ por meio de suas leis básicas (Código de Processo Civil e Código de Processo Penal), que regram expressamente algumas espécies cooperacionais.

Finalmente, a disciplina de *Direitos Humanos* é **indispensável, pois a temática da cooperação jurídica internacional envolve – além dos Estados Requerente e Requerido – indivíduos nos dois polos da relação: aquele que exige a cooperação (por exemplo, o Autor de uma ação invoca o *direito à prova e devido processo legal*, para ter acesso a extratos bancários do Réu em um paraíso fiscal) e aquele que a recusa (no mesmo exemplo citado, o Réu da ação de cobrança, que não quer que a cooperação seja realizada, alegando que violaria o seu direito à intimidade bancária).**

A globalização e a explosão de relações jurídicas transfronteiriças exigem que o intérprete exerça um ‘diálogo dos saberes’ e aprecie a temática multifacetada da CIJ, que é plural desde suas fontes (internacionais e nacionais), intérpretes (nacionais e internacionais) e apreciada por diversos prismas e ramos do Direito.

Essa exigência de diálogo de saberes atinge, aliás, todo o *Direito Internacional Privado*, cuja releitura será tema de outro estudo.

3. Fontes da Cooperação Jurídica Internacional

3.1. Fontes nacionais e internacionais: o necessário diálogo das fontes

No Brasil, a CJI possui fontes de origem internacional e nacional, com, inclusive dispositivos constitucionais que tratam de algumas espécies cooperacionais.

Essa duplicidade de fontes normativas acarreta complexidade na análise do tema, uma vez que será necessário verificar a convergência e diálogo entre as fontes, evitando-se, por exemplo, que o Brasil adote determinada conduta que venha a violar compromissos internacionais (o que implicará no futuro, na retaliação e negativa de cooperação do Estado lesado com o Brasil) ou, vice-versa, que o Brasil negocie e depois celebre tratados de cooperação de duvidosa constitucionalidade.

3.2. As fontes internacionais

As fontes do Direito Internacional são: (i) os tratados, (ii) os costumes internacionais, (iii) os princípios gerais de direito, (iv) ato unilateral, (v) resoluções vinculantes de organizações internacionais e, ainda, (vi) doutrina e (vii) jurisprudência.

O rol de fontes aceito pelo Direito Internacional consta do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ) de 1946 (sucessora da Corte Permanente de Justiça Internacional, cujo estatuto, de 1920, foi reproduzido pela nova Corte).

Veremos o impacto de cada uma dessas espécies na CIJ.

3.2.1. Tratados

O *tratado* consiste em acordo escrito entre Estados, organizações internacionais, ou ainda determinados entes não-estatais (por exemplo, Santa Sé), regido pelo Direito Internacional, qualquer que seja sua denominação específica.

No campo da cooperação jurídica internacional, os tratados representam importante fonte normativa, uma vez que oferecem segurança jurídica sobre o modo de

realizar a cooperação, bem como asseguram sua continuidade enquanto o tratado for válido internacionalmente.

Essa fonte da CJI é a que mais se desenvolve hoje no mundo. O Brasil já ratificou e incorporou internamente *dezenas* de tratados cooperacionais nas suas mais diversas espécies: da extradição à transferência de sentenciados. Há tratados celebrados pelo Brasil no bojo das relações bilaterais (os chamados tratados bilaterais) e ainda multilaterais, que abrangem mais de dois Estados.

A CJI é um dos temas mais discutidos na Organização das Nações Unidas (ONU) na atualidade, que patrocinou a edição de vários tratados multilaterais constantemente aplicados no Brasil, contendo normas cooperacionais, como a Convenção de Palermo de combate ao Crime Organizado Transnacional (de 2000¹⁵) ou a Convenção de Mérida de Combate à Corrupção (2003¹⁶).

Também o Brasil participa ativamente de dois foros especializados, que produzem tratados multilaterais voltados à CJI (entre outros temas): a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e as Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado da Organização dos Estados Americanos (OEA).

É possível ainda encontrarmos acordos *ad hoc* realizados por Estados que não possuem tratado cooperacional, para que a cooperação solicitada seja realizada sob *promessa de reciprocidade*. Ofertada a promessa de reciprocidade, o Estado ofertante fica *obrigado* a cumpri-la em momento subsequente, caso lhe seja igualmente submetida uma demanda cooperacional pelo outro Estado.

3.2.2. Costume Internacional

Alguns autores sustentam a existência de um *dever consuetudinário de cooperar*.¹⁷ Defendem, assim, a existência de um *costume internacional* que obriga os Estados, em boa fé, a realizar atos de cooperação jurídica internacional. Esse *direito à cooperação* teria como origem a atividade da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), que possui, como uma de suas atribuições a promoção da cooperação entre os Estados nos mais diversos temas (art. 13 da Carta de São Francisco). A ONU, então, defende a *cooperação internacional* para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, cultural ou humano, nos quais se inclui a cooperação jurídica internacional.

¹⁵ Promulgada pelo Decreto Presidencial n. 5.015, de 12 de março de 2004.

¹⁶ Promulgada pelo Decreto Presidencial n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

¹⁷ BABOVIC, B. "The duty of States to cooperate with one another in accordance with the Charter" in SAHOVIC, Milan. *Principles of international law concerning friendly relations and cooperation*. Belgrado: Institute of International Politics and Economics; Dobbs Ferry, N.Y: Oceana Publications, 1972, p. 277-321.

Para detalhar o formato e a intensidade de tal cooperação internacional, foram elaboradas resoluções da Assembleia Geral da Organização, sem força vinculante (*soft law*¹⁸), mas que, poderiam inspirar o *nascimento de um costume internacional* sobre o dever de cooperar entre os Estados.

A principal resolução sobre cooperação entre Estados é a Resolução n. 2.625 (XXV), de 24 de outubro de 1970, que trata das relações amistosas e cooperação entre Estados, em conformidade com os princípios da Carta da ONU. Nessa resolução mencionou-se o *dever de cooperar*, mas, ao mesmo tempo, permitiu que os Estados defendam seu (i) domínio reservado e exijam (ii) respeito à soberania. Aplicados tais conceitos (domínio reservado e soberania) à cooperação jurídica internacional, abre-se a porta para a recusa à cooperação, o que fragiliza a posição daqueles que defendem que tal Resolução sedimentou um “dever de cooperar”.¹⁹

3.2.3. Princípios Gerais de Direito Internacional

Os princípios gerais reconhecidos pela prática internacional são de duas ordens: (i) princípios gerais comuns a diferentes ordenamentos jurídicos nacionais e (ii) princípios gerais extraídos das próprias normas internacionais. Há dois princípios que podem incidir na cooperação jurídica internacional: o princípio de colaboração entre os Estados e o princípio da boa fé.

O *princípio da colaboração* entre os Estados acompanha o desenvolvimento do próprio Direito Internacional. Vattel, um dos autores do Direito Internacional clássico, escreveu, ainda no século XVIII, que “*A primeira lei geral, que o fim mesmo da sociedade das Nações nos revela, é que cada Nação deverá contribuir, tanto quanto puder, para a felicidade e o aperfeiçoamento de outras Nações*”.²⁰ No Brasil, Valladão, já nos anos 30 do século passado, realçava que “O Brasil sempre em encarou com elevado espírito de solidariedade internacional o dever que incumbe aos vários Estados de ser auxiliarem reciprocamente (...)”.²¹

¹⁸ A *soft law* consiste no chamado “direito em formação”. Congrega diplomas normativos inicialmente não-vinculantes, mas que, podem se transformar em espelho de norma consuetudinária (vinculante), caso obtenham o consenso dos Estados ou ainda estimular os Estados a celebrarem tratados sobre a temática.

¹⁹ Conferir em ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 36 ss.

²⁰ Ver VATTEL, Emer de. *O direito das gentes* (1758). Prefácio e tradução de Vicente Marotta Rangel. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2004. § 13, p. 6.

²¹ VALLADÃO, Haroldo. Da cooperação internacional nos processos criminais. *Revista dos Tribunais*, v. 87, Agosto 1933, p. 463-479, em especial p. 463.

Já o *princípio da boa fé* exige que os Estados atuem sem desconfianças ou reticências no cumprimento de atos de cooperação jurídica com outro Estado, uma vez que a colaboração pacífica entre Estados deve ser a regra em um mundo globalizado.²²

3.2.4. Outras fontes

A *doutrina* é considerada uma das fontes secundárias do Direito Internacional, pois não cria, mas apenas explicita o conteúdo da norma internacional. Na temática da cooperação jurídica internacional, há crescente interesse doutrinário sobre as formas de superação dos entraves para a aplicação da justiça nos casos transfronteiriços, com foco nas mais diversas espécies cooperacionais.

A *jurisprudência internacional* é também fonte – tradicionalmente tida como secundária, pois não cria normas internacionais -, reunindo decisões de tribunais internacionais e assemelhados, bem como de órgãos arbitrais internacionais. A jurisprudência internacional ganha importância em virtude do crescente reconhecimento, pelos Estados, de mecanismos de jurisdição internacional compulsória, fazendo nascer uma *interpretação internacionalista* da cooperação jurídica internacional. Há precedentes internacionais sobre a temática, oriundo da Corte Internacional de Justiça, do Tribunal de Justiça Europeu (União Europeia), Corte Europeia de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Finalmente, os atos unilaterais e resoluções vinculantes de organizações internacionais também são encontrados na temática da cooperação jurídica internacional. Estados, por exemplo, podem voluntariamente e sem exigência de reciprocidade, enviar a outro Estado dados que possibilitem a persecução penal de determinado agente, sem pedido anterior inclusive.

Quanto às resoluções vinculantes de organizações internacionais, o Brasil tem adotado várias medidas para fazer cumprir, em nosso território, atos de cooperação jurídica internacional exigidos pelo Conselho de Segurança, como, por exemplo, arresto, sequestro de haveres, quebras de sigilo bancário, etc. Nessa linha, o Tribunal Penal Internacional exarou ordens de prisão de determinados indivíduos, devendo o Brasil zelar pelo cumprimento da prisão – caso o indivíduo aqui se encontre – para posterior *entrega*.

²² ARAUJO, Nadia de. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do estado brasileiro no plano interno e internacional. In: *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: matéria penal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2008. p. 39-55, em especial p. 40. Conferir em ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 35.

4. As fontes nacionais: o dever de cooperar previsto na CF/88

A CF/88 impõe, em seu art. 4º, inciso IX, que as relações internacionais do Brasil sejam informadas pelo *princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade*. O parágrafo único do art. 4º é mais explícito e determina que “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”.

Nasce o “Estado que coopera”, denominado *Estado Constitucional Cooperativo* por Häberle, que é caracterizado por sua abertura para ao Direito Internacional e ainda por sua vocação constitucional de auxílio à realização internacional das tarefas da comunidade dos Estados. Para Häberle, o Estado Constitucional Cooperativo é aquele, que premido pelos fluxos transfronteiriços, age disposto à cooperação internacional.²³

Com isso, a *realização cooperativa dos direitos humanos* é outra consequência do Estado Constitucional Cooperativo e da cooperação internacional. Qualquer Estado que busque proteger direitos humanos tem interesse na cooperação jurídica internacional, que assegura, em última análise, o *direito de acesso à justiça*.

Como assegurar, no exemplo de Direito Internacional Privado visto acima, os direitos da criança se os Estados não cooperassem em casos de subtração ilícita de menores?

A CF/88 adota, então, esse modelo de “Estado Constitucional Cooperativo”. Por outro lado, já defendi que esses dispositivos devem, no mínimo, gerar uma hierarquia supralegal dos tratados de integração, como os do Mercosul. Aplicando o mesmo raciocínio aos tratados cooperacionais do Mercosul, estes também deveriam ter um estatuto interno supralegal.²⁴

Se a Constituição trata apenas genericamente da cooperação internacional, há, por outro lado, outros dispositivos constitucionais específicos sobre a cooperação jurídica internacional, a saber: (i) menção à *carta rogatória* e à *ação de homologação de sentença estrangeira* sob a competência do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, “i”); (ii) menção à *extradição* sob a competência do Supremo Tribunal Federal, no caso de ser o Brasil Estado Requerido (art. 102, I, “g”); (iii) menção a limites à *extradição*, que não pode ser concedida no caso de “crime político ou de opinião” (art. 5º, LII); (iv) menção genérica ao *auxílio direto*, no art. 109, III, que determina que cabe à Justiça Federal julgar as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo

²³ HÄBERLE, P. *Estado constitucional cooperativo*. Trad. de Marcos Augusto Maliska e Eise Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 70-71.

²⁴ CARVALHO RAMOS, André de. A integração regional e a Constituição vinte anos depois. *Revista de Informação Legislativa*, v. 179, p. 317-330, 2008.

internacional, o que assegura a análise de pedidos de assistência jurídica (via do auxílio direto) no primeiro grau da Justiça Federal.

No plano infraconstitucional, a cooperação jurídica internacional possui regulamentação fragmentada e assistemática, espalhada desde a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, passando por Códigos e ainda legislação extravagante.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei n. 12.376/2010), possui dispositivos sobre jurisdição internacional, carta rogatória e homologação de sentença estrangeira. O Código de Processo Civil (CPC) e o Código de Processo Penal (CPP) também possuem dispositivos sobre esses temas, além da extradição ser regulada – genericamente – pelo Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/80). Além de tais leis, utiliza-se ainda o Regimento Interno do STF (extradição) e a Resolução n. 09 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no que tange à cooperação jurídica internacional.

5. Conflito entre as fontes

A existência de diplomas internacionais e internos sobre cooperação jurídica internacional gera o debate sobre como solucionar eventual choque e colisões. Para tanto, avaliaremos a incorporação e a hierarquia dos tratados, com foco nos tratados de cooperação jurídica internacional.

5.1. O ordenamento brasileiro e as fontes internacionais

A formação e incorporação de um tratado ao ordenamento brasileiro exige um procedimento complexo que deve reunir as vontades *concordantes* dos Poderes Executivo e do Legislativo. As bases constitucionais de tal procedimento complexo de formação e incorporação de tratados são o *art. 84, VIII*, que estabelece que compete ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional e, ainda, o *art. 49, I* que dispõe que é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

A participação dos dois Poderes na formação da vontade brasileira em celebrar definitivamente um tratado internacional consagrou a chamada *teoria da junção de vontades* ou *teoria dos atos complexos*: para que um tratado internacional seja formado é necessária a conjunção de vontades do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

A primeira etapa do *iter* é composta pelas negociações e *assinatura* dos tratados internacionais. Essa etapa cabe ao Chefe de Estado (ou seus prepostos), por

decorrência implícita do disposto no art. 84, VIII, que dispõe que *compete ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e acordos internacionais*, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

A segunda etapa do *iter* de formação dos tratados no Brasil é a da aprovação congressional ou fase do decreto legislativo. O trâmite da aprovação congressional é o seguinte: o Presidente encaminha mensagem presidencial ao Congresso Nacional, fundamentada (a exposição de motivos é feita pelo Ministro das Relações Exteriores), solicitando a aprovação congressional ao texto do futuro tratado, que vai anexado na versão oficial em português. Nasce, então, um projeto de decreto legislativo. Caso haja aprovação, o Presidente do Senado promulga e publica o decreto legislativo com o texto do tratado.

Com isso, fica o Presidente da República autorizado a celebrar em definitivo do tratado por meio da *ratificação* ou ato similar (terceira etapa). Temos, após a ratificação, o fim do ciclo de formação de um tratado para o Brasil.

Porém, a norma, válida internacionalmente, não será válida internamente até que seja editado o Decreto de Promulgação (também chamado de *Decreto Executivo* ou *Decreto Presidencial*) pelo Presidente da República e referendado pelo Ministro das Relações Exteriores (art. 87, I da Constituição). Esse Decreto, que compõe a quarta e última etapa da junção de vontades, *inova* a ordem jurídica brasileira, tornando válido o tratado no plano interno.

Além dessa abertura da Constituição aos tratados internacionais, há ainda fontes extraconvencionais, como o costume internacional, que têm sido diuturnamente aplicadas no ordenamento brasileiro. Contudo, há omissão da Constituição brasileira, que, ao tratar do Direito Internacional, restringiu-se a poucos artigos que envolvem *tratados* (fontes convencionais). Essa omissão não impediu, contudo, que o Supremo Tribunal Federal (entre outros Tribunais brasileiros) aplicasse *diretamente* o costume internacional aos processos internos, como se fosse *law of the land*.

Um dos casos paradigmáticos é o conflito judicial entre a Síria e o Egito (logo após a dissolução da República Árabe Unida), referente à propriedade de imóvel no Rio de Janeiro, que antes da transferência da Capital para Brasília, sediava a antiga embaixada comum. Para o Supremo Tribunal Federal, o costume internacional da *imunidade absoluta* de jurisdição deveria ser aplicado (*par in parem non habet imperium*), mesmo contrariando o preceito da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (na época, Lei de Introdução ao Código Civil, art. 12, § único) e ainda o disposto no art. 89,

I do CPC, que estabeleciam ser o juízo brasileiro o único competente para conhecer de ações reais sobre imóveis situados no Brasil.²⁵

5.2. A hierarquia

A discussão sobre a hierarquia dos tratados no Brasil é um, em conjunto com o tema da formação e da incorporação, tema de constante debate na doutrina e jurisprudência.

O precedente de maior destaque na fase *anterior* à Constituição de 1988 é o Recurso Extraordinário 80.004 (Supremo Tribunal Federal, Relator para o Acórdão Ministro Cunha Peixoto, 1977, julgamento em 01 de junho de 1977). Nesse precedente, o STF consagrou o estatuto normativo interno dos tratados como sendo equivalente à *lei ordinária federal*.

A Constituição de 1988 não contém capítulo sobre a relação do direito interno com o direito internacional e, conseqüentemente, dispositivos expressos sobre a hierarquia dos tratados, levando o intérprete à análise de dispositivos espalhados no texto da Constituição para esclarecer o tema.

No que tange aos tratados de cooperação (nas suas mais variadas espécies), os dispositivos tradicionalmente levados em consideração na análise da hierarquia dos tratados em geral são os arts.: (i) 102, III, “b”; (ii) 105, I, “a” e (iii) 47.

O art. 102, III, “b” dispõe que cabe recurso extraordinário no caso de ter a decisão impugnada considerado inconstitucional “lei ou tratado”. Já o art. 105, I, “a” estabelece que cabe recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça quando a decisão impugnada houver violado ou negado vigência a “lei ou tratado”. Finalmente, o art. 47 estabelece que, no caso da espécie normativa não possuir quórum de aprovação especificado no texto da Constituição, esse será de maioria simples, o que ocorre com o decreto legislativo e com lei ordinária federal.

Esses três dispositivos são os que são invocados para a determinação da hierarquia dos tratados internacionais (em geral, com exceção evidente para os tratados de direitos humanos) perante o direito brasileiro.

Analisando esses três dispositivos em conjunto, o Supremo Tribunal Federal concluiu que os tratados internacionais incorporados, em geral, possuem o estatuto normativo interno equivalente ao da lei ordinária federal.

A justificativa é simples.

²⁵ Supremo Tribunal Federal, Ação Civil Originária n. 298-DF, Rel. para o Acórdão Min. Décio Miranda, julgamento em 14.04.1982, publicada no DJ de 17-12-1982.

Em primeiro lugar, o art. 102, III, ‘b’), determina que o estatuto dos tratados é infraconstitucional, pois permite o controle de constitucionalidade dos tratados. Em segundo lugar, os arts. 47 e 105, I, ‘a’), tratam os tratados da mesma maneira que as leis em dois momentos: no quórum de aprovação (maioria simples para a lei e para o decreto legislativo) e na definição de um mesmo recurso (recurso especial) para a impugnação de decisões inferiores que os contrariarem ou lhes negarem vigência.

O Supremo Tribunal Federal possui precedente claro sobre a *hierarquia dos tratados em geral*: a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480.²⁶ Nesse precedente, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu, de início, que os tratados se subordinam à nossa Constituição. Para o STF, no conflito entre qualquer norma constitucional e um tratado em geral (ver a situação dos tratados de direitos humanos abaixo), a Constituição sempre prevalecerá, devendo ser a incompatibilidade exposta nos controles difuso e concentrado de constitucionalidade. Os diplomas normativos a serem atacados serão o *Decreto Legislativo* e o *Decreto de Promulgação*, pois seriam os atos domésticos que incorporaram as normas convencionais ao sistema de direito positivo interno.

Após ter estabelecido o estatuto inferior à Constituição, o Supremo Tribunal Federal consagrou o *estatuto do tratado como equivalente ao da lei ordinária federal*, dispondo que “tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa”.²⁷

Essa carga hierárquica interna de *baixa intensidade* dos tratados aguça o conflito entre um tratado de cooperação e determinado dispositivo interno.

O STF, lentamente, parece se dar conta disso. Em decisão monocrática, em 2009, o Ministro Gilmar Mendes que: “Portanto, parece evidente que a possibilidade de afastar a aplicação de normas internacionais por meio de legislação ordinária (*treaty override*), inclusive no âmbito estadual e municipal, está *defasada* com relação às exigências de *cooperação, boa-fé e estabilidade* do atual cenário internacional e, sem sombra de dúvidas, precisa ser revista por essa Corte”.²⁸

Na linha da manifestação do Min. Gilmar Mendes, sustentamos uma nova interpretação que valorize os tratados celebrados pelo Brasil, tendo em visto o art. 4º, IX

²⁶ ADI 1.480-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-9-1997, Plenário, DJ de 18-5-2001.

²⁷ ADI 1.480-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-9-1997, Plenário, DJ de 18-5-2001.

²⁸ Grifos do Autor deste livro. Ver STF, AC 2436 MC/PR - Paraná, incidental ao RE n. 460.320, julgada em 03/09/2009, publicada em 15/09/2009 - Decisão Monocrática do Min. Gilmar Mendes.

e ainda seu parágrafo único da CF/88. De que adiantaria esses mandados constitucionais expresso de cooperação se os tratados celebrados (resultantes da cooperação almejada) fossem facilmente descumpridos pela via da edição de lei posterior em sentido contrário. Assim, ao melhor estilo da doutrina do estatuto *supralegal* dos tratados de direitos humanos,²⁹ podemos avançar e estabelecer que os todos os tratados devem também possuir *estatuto normativo superior a das leis*, fundado no art. 4º. Só assim poderíamos compatibilizar o disposto nos arts. 102, III, “b” e 105, III, “a” que servem como suporte normativo à doutrina do “estatuto legal” dos tratados internacionais com o disposto no parágrafo único do art. 4º.

No caso dos tratados cooperacionais, a crescente dependência da jurisdição brasileira para a realização de atos fora do nosso território – causada pelo aumento vertiginoso das relações jurídicas envolvendo mais de um Estado – serve de estímulo para uma nova interpretação da hierarquia normativa dos tratados no ordenamento brasileiro.

Ademais, o estatuto supralegal dos tratados, além de conferir certa eficácia a um quase olvidado dispositivo da Constituição (o art. 4º) ainda impede retrocessos da internacionalização do nosso Direito ao sabor de maiorias momentâneas do Parlamento brasileiro.

No que tange às espécies cooperacionais, o estatuto diferenciado dos tratados cooperacionais é *coerente* o objetivo de superação de barreiras para o efetivo acesso à justiça dos indivíduos (art. 5º, XXXV).

5.3. Os princípios referentes à cooperação leal com o Direito Internacional

5.3.1. Aspectos gerais

A *ambiguidade* dos Estados ronda o Direito Internacional desde seus primórdios e consiste na seguinte postura: eles assumem compromissos internacionais e, contraditoriamente, não zelam pela implementação interna deles.

Entre as diversas estratégias nacionais para contornar seus compromissos e não cumprir suas obrigações estão em prever, no Direito Interno, a necessidade de incorporação e, especialmente, uma hierarquia enfraquecida dos tratados, o que os submete a questionamentos em face de leis posteriores ou ainda de normas constitucionais, inclusive as que se referem às competências dos entes federados. Outra conclusão importante é que essas estratégias são utilizadas tanto nos países desenvolvidos quanto nos países

²⁹ Ver CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

subdesenvolvidos, levando-nos a concluir que há um receio permanente à expansão do direito internacional.

Por isso, poucos países alteraram suas Constituições e permitiram a implementação da supremacia do Direito Internacional, inclusive contra normas constitucionais.

Soares classificou as opções constitucionais dos Estados em quatro grupos: 1) Constituições que aceitam que os tratados internacionais divergentes alterem a própria Constituição; 2) Constituições que aceitam dotar os tratados internacionais de estatura supralegal; 3) Constituições que dotam os tratados internacionais da mesma hierarquia da lei ordinária, abaixo da Constituição e finalmente, 4) Constituições omissas, que acabam remetendo a decisão da visão do Direito Interno sobre o Direito Internacional à jurisprudência.³⁰

A categoria n. 01 vista acima conta com o um único representante: o exemplo de país que cruzou o Rubicão e tornou seu ordenamento interno *sintonizado* com seus *compromissos internacionais* é a Holanda. O art. 91.3 da Constituição holandesa permite a aprovação, com quórum de 2/3 terços, de qualquer tratado contrário à Constituição, quórum que é o mesmo para a reforma da Constituição (art. 137).

No Brasil, louve-se a transparência e sinceridade pela qual o Supremo Tribunal Federal tem conduzido a interpretação da Constituição e seus parcos dispositivos sobre a relação entre o Direito Interno e o Direito Internacional.

Em várias ocasiões, o STF chegou até a apontar a necessidade de emenda constitucional para que determinadas opções adotadas em outros países fossem assumidas pelo Brasil, sem, assim, opor-se a eventual mudança de paradigma e valorização do Direito Internacional, caso essa seja a vontade clara do Congresso Nacional no exercício do Poder Constituinte Derivado.

Porém, no caso brasileiro, a sucessão de ocasiões perdidas para a aprovação de norma constitucional que prepare o Brasil para o cumprimento dos compromissos internacionais faz com que seja necessário reavaliar os instrumentos disponíveis hoje para que a relação entre o Direito brasileiro e o Direito Internacional seja de *cooperação* e não de *conflito*.

Veremos, a seguir, as opções de argumentação jurídica para, ao menos no caso brasileiro, permitir a amenização da ambigüidade e consolidação da cooperação entre o Direito brasileiro e o Direito Internacional, o que facilita a aplicação dos tratados cooperacionais no Brasil.

³⁰ Inspirado em Cassese. SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. Ver também CASSESE, Antonio. *Modern constitution and international law. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 192, p. 334-475, 1985.

5.3.2. A busca da harmonia

Há diversas alternativas hermenêuticas de conciliação entre as normas internas e os tratados internacionais. O eixo maior dessa visão hermenêutica que adotamos é o *princípio da cooperação leal e conforme aos tratados*.

Esse princípio decorre dos dispositivos que estabelecem o Estado Democrático de Direito, bem como mencionam a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e, também, dos dispositivos espalhados da Constituição que fazem expressa referência a tratados como espécie normativa autônoma. Assim, a vontade do constituinte foi, ao menos, que se buscasse como regra, a conciliação entre os dispositivos internos e os dispositivos dos tratados.

Veremos abaixo os demais princípios hermenêuticos hábeis a concretizar a cooperação e lealdade entre o Direito Internacional e o Direito Interno.

5.3.3. O princípio da interpretação interna amiga do Direito Internacional

A invocação de normas internacionais nas mais diversas causas perante o Judiciário brasileiro suscita a dúvida de como interpretar seus comandos. Denominamos *interpretação interna amiga do Direito Internacional* aquela realizada com a adoção da argumentação jurídica usada pelo próprio Direito Internacional. Assim, com a ratificação brasileira da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT) é imperioso que se utilize seus dispositivos sobre a interpretação dos tratados, redundando em uma *interpretação internacionalista* dos tratados incorporados no Brasil.

Os arts. 31, 32 e 33 da CVDT estabelecem diretrizes mínimas que podem ser seguidas pelo Judiciário brasileiro sem maior esforço. Em primeiro lugar, o tratado deve ser interpretado de boa fé, segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado; em segundo lugar, a interpretação sistemática do texto deve levar em consideração sua íntegra, ou seja, seu objeto e finalidade; em terceiro lugar, a interpretação do tratado deve observar eventuais outros tratados a ele juridicamente vinculados; em quarto lugar, a interpretação deve levar em consideração o contexto da elaboração do tratado, o que nos remete às negociações e aos trabalhos preparatórios; em quinto lugar, deve ser levada em consideração a interpretação vigente sobre a matéria nos tribunais internacionais e as práticas relevantes dos demais Estados também sobre o tema a ser interpretado.

Em síntese, o principal princípio decorrente da cooperação leal entre o Direito Interno e o Direito Internacional é o princípio da interpretação internacionalista, que consiste na adoção de uma *interpretação em conformidade com a dos órgãos internacionais*. A interpretação internacionalista utiliza argumentos críveis do próprio

plano internacional e não se apóia na interpretação isolada do julgador brasileiro sobre como deveria ser a interpretação do comando internacional.

O *princípio da interpretação internacionalista*, justamente por levar em consideração elementos oriundos do plano internacional, exigirá sensibilidade dos julgadores brasileiros, que deverão atentar para a peculiaridade da norma internacional: devem seus comandos serem cumpridos *internamente* com base na *visão internacional* sobre seu real alcance e sentido.

No caso de um tratado de cooperação, por exemplo, a jurisprudência de órgãos como a Corte Internacional de Justiça ou ainda precedentes arbitrais, devem influenciar a interpretação a ser adotada internamente.

5.3.4. O princípio do espaço constitucional de conformação aos tratados internacionais

Um segundo princípio, que pode auxiliar a preservação da cooperação leal entre o Direito Interno e o Direito Internacional é o princípio do *espaço constitucional de conformação aos tratados internacionais*. Consiste em interpretar os dispositivos da Constituição de modo a permitir, conciliatoriamente, um espaço de conformação aos comandos impostos pelos tratados.

A prisão do depositário infiel é exemplo da negação desse princípio inicialmente pelo STF para, em 2008, sua consagração. Como se sabe, o texto constitucional brasileiro, em seu art. 5º, inciso LXVII, menciona a possibilidade de existência da prisão civil na hipótese do depositário infiel. Essa prisão civil do depositário infiel é vedada pela Convenção Americana de Direitos Humanos e bem como pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Os textos podem ser compatibilizados pelo reconhecimento do espaço de conformação aos tratados.

Com efeito, a Constituição de 1988 não instituiu a prisão civil para o depositário infiel. Apenas possibilitou, caso o legislador assim o quisesse, o estabelecimento de tal sanção.

Essa permissão constitucional não implica que necessariamente o legislador deva instituir a drástica sanção. Tanto é que, no momento da decretação da prisão civil, o magistrado invocava os diplomas legais apropriados (anteriores mesmo a edição da Constituição) e não o texto constitucional. Só que em 1992, o legislador pátrio, ao incorporar o Pacto de São José (Convenção Americana), revogou todos esses diplomas legais anteriores. A mesma Constituição permite o aumento da carga protetiva ao indivíduo (art. 5º, § 2º já mencionado) e a Convenção Americana de Direitos Humanos demonstra que o legislador quis revogar todas as normas legais permissivas da prisão civil do depositário infiel.

O entendimento visto acima já foi esposado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na análise das restrições à previsão da pena de morte contidas na Convenção Americana de Direitos Humanos e o disposto na Constituição da Guatemala. Para a Corte, não é possível deduzir que a Constituição guatemalteca estipule a pena de morte para delitos comuns conexos aos delitos políticos, mas que unicamente não a proíbe. Logo, a Guatemala não está impedida a comprometer-se *a mais* perante a comunidade internacional.³¹

O voto do Ministro Celso de Mello no R.E. 466.343/SP, sobre a prisão civil do depositário infiel segue esse princípio, sustentando que “esse modelo constitucional vigente no Brasil, portanto, não impõe, ao legislador comum, a regulação do instituto da prisão civil, com necessária projeção e abrangência das duas hipóteses excepcionais a que se refere a Constituição”.

No caso de um tratado que estabeleça a *entrega* de brasileiro nato (como o Estatuto de Roma), o princípio do espaço constitucional de conformação aos tratados internacionais induziria o intérprete a considerar que a proibição de extradição do brasileiro nato a Estado estrangeiro não impede que o Brasil celebre um tratado de *entrega* do brasileiro nato a *uma organização internacional* (TPI).

5.3.5. A presunção de aplicação dos tratados preexistentes e os tratados não auto-aplicáveis

Ademais, deve-se aplicar o princípio da presunção de aplicação dos tratados preexistentes em face das leis posteriores: o Legislador, conhecedor dos tratados vigentes, ao editar uma nova lei, presumidamente elaborou seus dispositivos de modo a não violar os encargos internacionais assumidos. O princípio da *especialidade* também é valioso para conciliar os tratados com leis posteriores: o tratado pode ser tido como *lex specialis* que convive com as disposições antagônicas da lei geral porque seu âmbito de aplicação material é separado.

6. O próximo passo: a interpretação internacionalista e a integração entre o juiz do foro e as autoridades de gestão internacional do Brasil

Os esforços de conciliação entre as diferentes fontes da cooperação jurídica internacional não eliminam o problema central – do meu ponto de vista – da existência

³¹ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Parecer Consultivo sobre as restrições à pena de morte (art. 4.2 e 4.4)*, Parecer n. 3/83 de 8 de setembro de 1983, Série A n. 3, § 72, p. 42. Ver comentários a esse parecer em CARVALHO RAMOS, André de. *Direitos humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

de uma *pluralidade de ordens jurídicas*: a diferença de interpretação sobre determinada norma. Ou seja, mesmo que o Estado reconheça o valor e hierarquia do tratado no âmbito doméstico, pode existir uma interpretação *nacional* controvertida sobre determinada espécie cooperacional.

Em virtude de possuir fontes internacionais, a CJI será interpretada no seio do Direito Internacional, inclusive com apelo a *cortes internacionais* e ameaças de *retaliação*. Por isso, o estudo da CIJ não pode se resumir ao texto dos tratados celebrados pelo Brasil, mas deve alcançar a (i) interpretação internacional desses mesmo tratados e (ii) os mecanismos postos à disposição do Brasil para fazer valer a cooperação contra a vontade de Estados que, *indevidamente*, querem opor obstáculos à sua concessão.

A origem internacional da CJI impõe uma interpretação adequada, que leve em consideração sua inserção no Direito Internacional.

Uma negativa indevida de CJI por um Estado que tenha um tratado cooperacional com o Brasil não é somente um tema de direito interno, mas é uma *denegação de justiça e violação de compromisso* a ensejar reação brasileira até que o Estado faltoso cumpra adequadamente a cooperação pleiteada – o que, obviamente, auxiliará o regular desenvolvimento do processo.

Exemplo dessa posição é visto na reação dos Estados Unidos à recusa suíça de cooperar, em um caso concreto, em face da alegação de sigilo bancário (o chamado “Caso UBS”). Sob ameaça de sanção internacional a ser adotada pelos EUA (tema de direito internacional), a Suíça obrigou o banco privado envolvido a enviar os dados bancários de norte-americanos suspeitos de sonegação fiscal.³²

Outro exemplo foi visto em ação penal movida pelo Ministério Público Federal (MPF) em São Paulo, utilizando documentos encaminhados pela Suíça, ainda antes da celebração do tratado de cooperação jurídica entre Brasil e aquele país, com *cláusula de especialidade* (para que não fosse usado na persecução de crimes fiscais). Após a propositura da ação penal e provocada por advogados dos réus, a Suíça notificou o Brasil para que fossem retirados da ação os documentos, sob pena de não mais colaborar com o Estado brasileiro, uma vez que a ação penal proposta seria referente a crime fiscal, *na visão da Suíça*.

O MPF concordou com a tese e pediu para que os documentos fossem desentranhados, em que pese ter inicialmente entrado com a ação penal usando os documentos em questão justamente sob a alegação de que *não se tratava de crime fiscal*.

³² Ver sobre a cronologia do “Caso UBS” e como os Estados Unidos lidaram – e foram vitoriosos – com a reticência suíça em cooperar (sob a tradicional alegação de sigilo bancário, proibição de colaborar com a persecução de crime fiscal de outro país e outras particularidades de Direito suíço). Disponível em: <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/en/home/themen/wirtschaft/ref_fallubs.html>. Acesso em: 10 jul. 2013.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região assentiu com a tese ministerial, mas, sem os documentos, a ação penal foi arquivada. Do ponto de vista estritamente acadêmico, outra solução poderia ter sido encontrada, caso o Brasil apoiasse a tese original do *parquet* (que o crime em questão não era de natureza fiscal) e insistisse no seu uso interno. Eventual decisão suíça de não colaboração futura poderia ser enfrentada com duras sanções de direito internacional exaradas pelo Brasil, tal qual o “Caso UBS” ensina.³³

Esses dois casos demonstram a necessidade de intensa integração entre os membros do Poder Executivo – que representam o Estado na esfera internacional – e os membros do sistema de justiça (Ministério Público e Magistratura), que podem necessitar de apoio de *alcance internacional* para fazer valer a lei interna.

Assim, agrega-se mais um problema – pouco debatido – à pluralidade de fontes da Cooperação Jurídica Internacional: a necessidade de união e diálogo entre os agentes que representam o Brasil internacionalmente e os sujeitos envolvidos em um determinado caso que envolva cooperação (inclusive os indivíduos, como é **típico** caso da cooperação jurídica internacional cível).

7. Conclusão

O presente artigo analisou a cooperação jurídica internacional, demonstrando que tal temática, por se tratar de aplicação do direito estrangeiro de modo *indireto* (ao aceitar colaborar com um ato oriundo da jurisdição estrangeira, aplica-se, por via indireta, o direito estrangeiro que embasou a adoção de tal ato), insere-se na disciplina de Direito Internacional Privado.

No Brasil, as normas de Direito Internacional Privado estão dispersas em diversos diplomas normativos *nacionais* e *internacionais*, exigindo que o estudioso da cooperação jurídica internacional faça uma sistematização de várias fontes para que se tenha um conhecimento ordenado da matéria.

Por sua vez, a globalização e a explosão de relações jurídicas transfronteiriças exigem que o intérprete exerça um ‘diálogo dos saberes’ e aprecie a temática multifacetada da CIJ, que é plural desde suas fontes (internacionais e nacionais), intérpretes (nacionais e internacionais) e apreciada por diversos prismas e ramos do Direito.

³³ Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Mandado de Segurança autos n. 2005.03.00.080370-0. Relato desse caso foi obtido da leitura do Agravo Regimental no Agravo Regimental na Ação Penal 483/ SP, relator Ministro Ricardo Lewandowski (STF), que debateu o uso desses documentos e fez menção ao conteúdo da decisão do TRF “no qual teria sido determinado ao Juízo da 2ª Vara Federal Criminal de São Paulo que providenciasse o desentranhamento da documentação debatida para fins de sua devolução à Suíça”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/209_2.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2013.

No Brasil, a CJI possui fontes de origem internacional e nacional, com, inclusive dispositivos constitucionais que tratam de algumas espécies cooperacionais. Essa duplicidade de fontes normativas acarreta complexidade na análise do tema, uma vez que será necessário verificar a convergência e diálogo entre as fontes, evitando-se, por exemplo, que o Brasil adote determinada conduta que venha a violar compromissos internacionais (o que implicará no futuro, na retaliação e negativa de cooperação do Estado lesado com o Brasil) ou, vice-versa, que o Brasil negocie e depois celebre tratados de cooperação de duvidosa constitucionalidade.

A existência de diplomas internacionais e internos sobre cooperação jurídica internacional gera o debate sobre como solucionar eventual choque e colisões.

Para tanto, avaliamos a incorporação e a hierarquia dos tratados, com foco nos tratados de cooperação jurídica internacional e ofertamos uma série de princípios de *interpretação e cooperação leal com o Direito Internacional*. São opções de argumentação jurídica para, ao menos no caso brasileiro, permitir a amenização da ambiguidade e consolidação da cooperação entre o Direito brasileiro e o Direito Internacional, o que facilita a aplicação dos tratados cooperacionais no Brasil.

O eixo maior dessa visão hermenêutica que adotamos é o *princípio da cooperação leal e conforme aos tratados*. Abaixo, sintetizamos, a título de conclusão, os seguintes princípios de interpretação das normas de cooperação jurídica internacional a ser levados em consideração pelo juiz do foro:

- 1) Princípio da *interpretação interna amiga do Direito Internacional*, que reclama a utilização, pelo juiz do foro, da interpretação oriunda da argumentação jurídica usada pelo próprio Direito Internacional.
- 2) Princípio do *espaço constitucional de conformação aos tratados internacionais*, que consiste em interpretar os dispositivos da Constituição de modo a permitir, conciliatoriamente, um espaço de conformação aos comandos impostos pelos tratados.
- 3) Princípio da presunção de aplicação dos tratados preexistentes em face das leis posteriores: o Legislador, conhecedor dos tratados vigentes, ao editar uma nova lei, presumidamente elaborou seus dispositivos de modo a não violar os encargos internacionais assumidos.

Finalmente, entendemos que o estudo da CIJ não pode se resumir ao texto dos tratados celebrados pelo Brasil, mas deve alcançar a (i) interpretação internacional desses mesmo tratados e (ii) os mecanismos postos à disposição do Brasil para fazer valer

a cooperação contra a vontade de Estados que, *indevidamente*, querem opor obstáculos à sua concessão.

Esse passo *internacionaliza* em definitivo a CIJ e exige que uma *integração* entre o juiz do foro (e os demais interessados na cooperação almejada) e as autoridades que representam o Brasil externamente, para superar eventuais obstáculos de Direito Internacional ventilados por Estados que não tem interesse em cooperar com o Brasil. Sem essa integração, entendemos que a aplicação da CIJ no Brasil frustrará muitos e gerará *denegação de justiça*. O exemplo bem sucedido dos Estados Unidos no “Caso UBS” contra a reticência em cooperar da Suíça (estudado acima) mostra o caminho futuro da cooperação jurídica internacional e o novo Direito Internacional Privado.

São Paulo, abril de 2013.

Referências

ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileiras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do estado brasileiro no plano interno e internacional. In: *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: matéria penal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2008. p. 39-55.

BABOVIC, B. The duty of States to cooperate with one another in accordance with the Charter. In: SAHOVIC, Milan. *Principles of international law concerning friendly relations and cooperation*. Belgrado: Institute of International Politics and Economics; Dobbs Ferry, N.Y: Oceana Publications, 1972. p. 277-321.

CARVALHO RAMOS, André de. A integração regional e a Constituição vinte anos depois. *Revista de Informação Legislativa*, v. 179, p. 317-330, 2008.

CARVALHO RAMOS, André de. A pluralidade das ordens jurídicas e a nova centralidade do Direito Internacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, no prelo, 2013.

CARVALHO RAMOS, André de. *Direitos humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CASELLA, Paulo Borba; SANCHEZ. Rodrigo Elian. *Cooperação judiciária internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CASSESE, Antonio. Modern constitution and international law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 192, p. 334-475, 1985.

GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel). Cours général. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, t. 312, p. 9-488, 2005.

FERRER CORREIA, A. *Lições de direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1.

HÄBERLE, P. *Estado constitucional cooperativo*. Trad. de Marcos Augusto Maliska e Eise Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

JAYME, Erik. O direito internacional privado no novo milênio: a proteção da pessoa humana em face da globalização. In: ARAUJO, Nadia de; MARQUES, Claudia Lima (org.). *O novo direito internacional*. Estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 03-20.

_____. Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, t. 282, p. 09-40, 2000.

_____. Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, t. 251, p. 09-267, 1995.

LALIVE, Pierre. Tendances et méthodes en droit international privé. Cours general. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, t. 155, p. 1-424, 1977.

MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de direito internacional privado – da necessidade de uma convenção interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a contratos e relações de consumo. *Revista dos Tribunais*, v. 788, p. 11-56, 2001.

_____. Human rights as a bridge between private international law and public international law: the protection of individuals (as consumers) in the global market. In: ARROYO, Diego P. Fernández e Marques, C. Lima (org.). *Derecho internacional privado y derecho internacional público: un encuentro necesario*. Asunción: CEDEP, 2011. p. 363-389.

POCAR, Fausto. La protection de la partie faible en droit international privé. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, t. 188, p. 343-409, 1984.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. v. 1.

SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VALLADÃO, Haroldo. Da cooperação internacional nos processos criminais. *Revista dos Tribunais*, v. 87, p. 463-479, ago. 1933.

VATTEL, Emer de. *O direito das gentes (1758)*. Prefácio e tradução de Vicente Marotta Rangel. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2004.

VERGUEIRO, Luiz Fabrício Thaumaturgo. *Implementação da cooperação jurídica vertical*. 2012. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.