

DA APLICABILIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL COMO *RATIO DECIDENDI* NAS SENTENÇAS DE 1ª INSTÂNCIA: UMA ANÁLISE À LUZ DO CONTEMPORÂNEO PROCESSO CIVIL

Ana Beatriz Fernandes Coelho Chagas

Acadêmica do 11º período do curso de Direito da UFRN

Carolina Diógenes Marques

Acadêmica do 10º período do curso de Direito da UFRN

Marcus Aurélio de Freitas Barros

Professor Orientador

RESUMO

Este trabalho pretende investigar a questão da formação de precedentes judiciais a partir da aplicação pelos órgãos jurisdicionais brasileiros de 1º grau, das regras insculpidas nos tratados internacionais que tenham sido inseridos no ordenamento jurídico interno. Para tanto, desenvolve os conceitos sobre os quais se alicerça a problemática, enfatizando noções básicas acerca dos precedentes judiciais, do instituto da *ratio decidendi* e da posição hierárquica do direito internacional na ordem jurídica interna pátria. Partindo da percepção de que a formação de precedentes carrega consigo, de modo subjacente, os valores de justiça e de isonomia perante as decisões judiciais tão sobressaltados no contemporâneo pensamento jurídico processual, entende ser imprescindível que os juízes de primeira instância apliquem nas suas sentenças, de fato, os tratados internacionais devidamente incorporados à ordem jurídica do país. Pondera que se deve buscar

aplicar as fontes materiais concomitantemente, conforme inteligência da “teoria do diálogo”, da dogmática alemã. Expõe, por fim, que dados factuais relevantes demonstram praticamente não haver no Brasil, ao revés, precedentes do Poder Judiciário de 1ª instância cuja *ratio decidendi* envolva Direito Internacional.

Palavras-chave: Tratados internacionais. Aplicabilidade. Ratio Decidendi. Sentenças.

“Se a justiça pudesse perecer, não teria sentido e nenhum valor que os homens vivessem sobre a Terra” (Kant).

1 INTRODUÇÃO

No âmbito da pós-modernidade, tendo em vista os diversos avanços ocorridos em decorrência, principalmente, dos efeitos da globalização, tem-se como consequência, a necessidade de se recorrer não só à ordem jurídica interna para a solução das lides, mas também aos atos normativos internacionais, observando-se a interdependência, cada vez maior, entre as nações.

Com esse escopo de abrangência, pretende-se enfocar a necessidade de se alertar para uma continuada negligência constatada na seara dos órgãos de 1º grau de jurisdição brasileiros, que não têm atentado para a aplicação de normas internacionais devidamente incorporadas à ordem jurídica pátria. Além destas, parte da dogmática jurídica destaca ainda as “normas de *jus cogens*”, dotadas de caráter inderrogável, não podendo, dessa forma, justificar-se o impedimento de sua aplicação pela existência de uma previsão legal interna.

Apresenta-se, nesse contexto de implementação das normas internacionais no sistema jurídico interno, a fundamentação sentencial como a parte da decisão de primeira instância dotada de função indiscutivelmente relevante. É que se desenvolve a ideia de que durante a elaboração da *ratio decidendi* da sentença judicial, apresentada sobremaneira na fundamentação, o magistrado deve procurar utilizar os mecanismos internacionais aplicáveis à decisão, em respeito, sobretudo, ao direito à tutela jurisdicional adequada, visto sob o prisma da justiça.



Demonstra-se que o desconhecimento, por parte da magistratura brasileira de 1ª instância, da existência dessas normas externas ou da possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico interno tem impedido, não raras vezes, que se tenha êxito em tal tarefa.

Nesse sentido, tecendo-se considerações em torno da observância dos princípios da justiça e isonomia perante as decisões judiciais, preconiza-se pela aplicação dos tratados incorporados pelo Brasil, os quais, pelo fato de terem sido ratificados e promulgados, possuem a mesma possibilidade de aplicação das normas internas, sejam as leis ordinárias, sejam as normas constitucionais. Para tanto, traz-se a tona, por fim, a discussão acerca da posição hierárquica desses tratados internacionais no ordenamento jurídico pátrio.

2 DA CONSTRUÇÃO DE PRECEDENTES A PARTIR DE DECISÕES JUDICIAIS DE 1ª INSTÂNCIA

No afã de melhor compreender a problemática atinente à formação de precedentes judiciais a partir da aplicação de tratados internacionais pela jurisdição de primeira instância, faz-se indispensável, antes, abordar os conceitos elementares sobre os quais ela se funda, o que doravante se passará a fazer.

2.1 A fundamentação como elemento das sentenças prolatadas em Primeiro Grau de Jurisdição

Em sua criativa atividade judicante, os magistrados de primeira instância constroem sentenças: espécies de decisões judiciais que, aptas a ultimarem o procedimento em fase de conhecimento ou de execução, são constituídas por três elementos básicos, isto é, relatório, fundamentação e dispositivo.

Enquanto no dispositivo estão contidas normas jurídicas individualizadas, criadas pelo juiz para solucionar uma específica demanda, com aplicação a ela restrita, na fundamentação encontrar-se-ão juízos normativos que, nada obstante sejam produzidos a partir da análise empreendida pelo prolator da decisão a partir de um caso concreto, têm o condão de formar precedentes gerais, aplicáveis ao universo de hipóteses semelhantes àquela que ensejou a sua produção.

Fala-se, desse modo, em “criativa” atividade, considerando



preponderar no pensamento jurídico contemporâneo a ideia de que a função jurisdicional é dotada de dimensão nitidamente criadora. Nesse sentido, eis o que ensina Maria Helena Diniz (2011, p. 328): “Admitimos a tese de que a atividade jurisdicional é sempre e necessariamente criadora de normas”. Ainda segundo a jurista, a criação de normas pelo Poder Judiciário não constitui de modo algum um direito conferido aos tribunais, por tratar-se de uma consequência inerente ao funcionamento do aparelho jurisdicional e à significação social que tem.

A função jurisdicional se desenvolve, destarte, em três níveis complementares e interdependentes: (I) a informação sobre as normas gerais a serem utilizadas na avaliação do caso concreto; (II) o conhecimento do dado social conflitivo, confrontando-o com os parâmetros legais e; (III) a avaliação prudente, que redimensiona a norma geral e a situação fática, para produzir a norma jurídica individual. (DINIZ, Maria Helena, 2011, p. 327).

Nesse ínterim, a fundamentação da decisão judicial implica na formação de dois discursos. O primeiro, para a solução de um determinado processo, dirigido tão só aos sujeitos da relação jurídica discutida e o outro, de cunho institucional, dotado de eficácia *erga omnes*, direcionado à sociedade, a fim de apresentar um modelo de solução para outros casos semelhantes àquele. (MITIDIERO, 2012, p. 62).

Seguindo essa linha de entendimento, Karl Larenz (apud DIDIER, 2013, p. 429) ensina que:

Os precedentes são resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, foi já resolvida uma vez por um tribunal noutro caso. Vale como precedente, não a resolução do caso concreto que adquiriu força jurídica, mas só a resposta dada pelo tribunal, no quadro da fundamentação da sentença, a uma questão jurídica que se põe da mesma maneira no caso a resolver agora.

Os precedentes consubstanciam, portanto, uma espécie de “discurso institucional”, utilizando a terminologia adotada por Mitidiero (2012), revelador do direcionamento adotado pelos órgãos jurisdicionais, na prática, a respeito de determinada questão dotada de necessária relevância jurídica.

Com base na doutrina do italiano Giovanni Criscuoli é possível ainda frisar que “o postulado de que os casos similares devem ser decididos da mesma forma (*treat like cases alike*), constitui um princípio universal da administração da justiça, já conhecido e respeitado na Babilônia antes mesmo do reino de



Hamurabi” (MARINONI, 2010, p. 117).

Tal postulado parece, em que pese a sua antiga origem histórica, perfeitamente aplicável ao atual contexto das ordens jurídicas mundiais, não apenas daquelas de tradição voltada ao *common law*. É que se tem vivenciado também nos países que herdaram as características do modelo de *civil law*, a exemplo do Brasil, um processo de fortalecimento da atividade jurisprudencial, direcionado à uniformização do entendimento adotado pelos órgãos jurisdicionais, de forma a desenvolver a constitucional isonomia, hoje vista também sobre o prisma de igualdade perante as decisões judiciais.

Trata-se do entendimento de Teresa Arruda de Alvim Wambier (2009, p. 10), quando frisa que “para que seja respeitado o princípio da igualdade, é necessário que haja uma mesma pauta de conduta para todos os jurisdicionados”. E a obtenção da igualdade, ainda segundo a doutrinadora, é visada tanto nos sistemas de *civil law*, como nos de *common law*, sendo que, embora apenas nestes aos precedentes seja atribuída, de fato, força vinculante; nos primeiros, a pauta de conduta dos jurisdicionados não está exclusivamente na letra da lei. Está na lei, enquanto compreendida pelos tribunais e pela doutrina.

É dizer, por fim, que os juízes em exercício nos sistemas jurídicos de *civil law* criam o direito, principalmente nos denominados *hard cases*, relacionados a conceitos jurídicos indeterminados e a cláusulas gerais. Mas, como bem adverte Teresa Arruda de Alvim Wambier (2009, p.23), “[...] essa liberdade é do Judiciário e não do juiz. Fixada a regra, não pode ser desrespeitada, devendo ser aplicada a todos os casos iguais sob pena de se afrontar de maneira intolerável o princípio da isonomia”.

2.2 O instituto da *ratio decidendi*

Segundo Cruz e Tucci *apud* Didier (2013b, p. 427), os precedentes judiciais são compostos pelas circunstâncias fáticas e pela tese jurídica firmada pelo magistrado, denominada pelos ingleses de *ratio decidendi*. Esta constitui, portanto, a justificativa jurídica estabelecida pelo juiz ao julgar o caso concreto.

Repita-se apenas em outras palavras: a *ratio decidendi*, enquanto núcleo ou cerne do precedente, dotado de caráter persuasivo, é a proposição jurídica (regra), explícita ou implícita, considerada necessária para a decisão. (WAMBIER, Teresa Arruda de Alvim, 2009, p. 6).

Na esteira dos ensinamentos de Didier (2013b, p. 427), consiste na norma jurídica geral que, a despeito de ter sido constituída à luz de um



determinado caso concreto, tem aptidão para ser universalizada (por isso, chamam-na os americanos de *holding*). É esta, como se disse, a parte do precedente que vincula, embasa e serve de diretriz para a solução de outros casos.

Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 221) assevera, na mesma toada, que nada mais é do que a norma jurídica criada pelo magistrado, à luz do caso concreto, a partir da conformação da hipótese legal de incidência às normas constitucionais. Segundo o autor: “A razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra”.

Desse modo, embora o seu alcance deva ser determinado a partir de interpretação conjugada e sistemática de todas as partes da sentença, seja do relatório, seja da fundamentação, seja do dispositivo, é na exposição dos fundamentos que o juiz a apresenta. (DIDIER, 2013b, p. 433).

Daí se infere ser essencial o cuidado na elaboração da fundamentação, com o adequado manejo do direito material nos julgados, eis que, encontrar-se-ão ali regras a serem observadas em outros casos similares. Isso revela, em última instância, a própria essencialidade da efetiva aplicação das regras insertas em tratados internacionais pelos juízes 1ª instância, no desenvolvimento de sua atividade judicante. E, mais notadamente, daquelas alçadas à categoria de normas constitucionais, conforme dicção do §3º, do art. 5º, da CF/88, adiante analisado.

3 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO SOB A ÓTICA DO PROCESSO CIVIL

Prevalece na atual dogmática processualista a visão de que o processo, enquanto método de exercício da jurisdição, deve ser pensado e estruturado tendo sempre em vista a situação jurídica material para a qual serve de instrumento de tutela. Por isso, diz-se que o direito se produz processualmente, não sendo mais possível se estabelecer uma absoluta separação entre o “ser” e o “dizer” sobre o direito, isto é, entre o direito material e o processual (DIDIER, 2013a, p. 26).

Em feliz e didática simbologia, Didier (2013a, p. 27) acrescenta que nessa relação de complementaridade entre o direito processual e material é como se este figurasse como uma espécie de arquiteto, incumbido de projetar,



sonhar; e aquele, como um engenheiro, a quem caberia colocar em prática o que fora materialmente projetado, sonhado.

Pois bem, trata este trabalho do direito internacional enquanto espécie de direito material a ser efetivamente aplicada nas decisões judiciais de primeiro grau de jurisdição. É que no direito pós-moderno são consideradas como fontes não só as leis, os códigos, as regras infralegais, a Constituição e a jurisprudência internas, mas também os tratados internacionais, em especial os de direitos humanos, havendo quem considere, inclusive, a jurisprudência internacional, bem assim a existência de um direito “supraconstitucional” (universal). (GOMES; MAZZUOLI, 2012, p. 276).

Nesse sentido, aponta Häberle *apud* Machado (2006, p. 160) haver “[...] uma tendência geral no sentido de ver as constituições nacionais apenas como constituições parciais, num contexto normativo jusinternacional mais alargado”. Recorre-se hoje, desse modo, à ideia de uma rede de normas constitucionais, comunitárias e internacionais, com os necessários protocolos de interconexão, relegando para segundo plano a definição da validade em termos puramente hierárquico-normativos. (FIELITZ *apud* MACHADO, 2006, p. 170).

Note-se, ainda, a teoria pluriversalista do direito internacional. Impulsionada por Anderson Teixeira (2011, p. 245), caracteriza-se pela disseminação de dois requisitos essenciais para a harmonização da soberania estatal e as normas de direitos humanos. O primeiro deles seria a observância de uma ordem política mínima, e o segundo, a formação de espaços regionais, entidades políticas dinâmicas e flexíveis, como alternativa entre a ordem supranacional e os Estados-Nação.

Contudo, atente-se, como se desenvolverá mais a frente, para o fato de que estão sendo esquecidos, na praxe dos tribunais brasileiros de 1º grau de jurisdição, tais níveis normativos supraleais de caráter externo.

E esse “esquecimento” não é destituído de consequências práticas negativas. Isso porque o Poder Judiciário de 1º grau, ao produzir em seu labor normas jurídicas e precedentes a serem aplicados em hipóteses semelhantes, conforme já se expôs, olvidando do direito internacional, acaba deixando de concretizar a esperada tutela adequada, vista sob o viés da justiça.

A respeito da importância da justiça para o Direito, Paulo Nader (2011, p. 107) lembra que “a ideia de justiça faz parte da essência do Direito. Para que a ordem jurídica seja legítima, é indispensável que seja a expressão da justiça (...). A justiça se torna viva no Direito quando deixa de ser apenas ideia e se incorpora às leis, dando-lhes sentido, e passa a ser efetivamente



exercitada na vida social e *praticada pelos tribunais*".

3.1 Paridade e suprallegalidade normativa dos tratados internacionais

A controvérsia acerca da posição hierárquica dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno brasileiro perpassa uma discussão de anos, com diversos posicionamentos controversos, até mesmo no âmbito do próprio STF.

Nesse ponto, cabe salientar que o Estado brasileiro segue a linha dualista, engajada por Triepel, a qual assevera, como bem explica Mazzuoli (2011, p. 87), que, quando um Estado assume um compromisso exterior, ou seja, internacional, aceita-o apenas como fonte do direito internacional, sem qualquer impacto no cenário normativo interno. Desse modo, para que uma norma externa tenha valor jurídico no âmbito estatal, faz-se necessária a sua "transformação" em norma interna.

Tal transformação em norma de direito interno, no Brasil, passa pelo crivo do Poder Legislativo, após a ratificação, findando o processo de incorporação dos tratados com a promulgação e publicação do decreto legislativo. A discussão inicia-se justamente nesse aspecto, com a indagação sobre qual seria, então, a posição hierárquica dessas normas advindas do cenário internacional dentro da ordem jurídica pátria, principalmente considerando a Emenda Constitucional n.º 45/2004, que incorporou o §3º, ao art. 5º, da CF/88, segundo o qual: "§ 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".

Nesse contexto, vale salientar que antes mesmo da inserção do §3º ao art. 5º da CF/88, o art. 4, II, da mesma Carta Constitucional, já firmava que "a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos". Assim, alguns doutrinadores entendiam que os tratados de direitos humanos teriam hierarquia constitucional.

É a posição à qual se filia Flávia Piovesan (2010, p. 159), embasada no art. 5º, §2, da CF/88, que dispõe acerca da inafastabilidade de direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição de 1988 adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Neste sentir, a autora defende um sistema misto de hierarquia dos tratados conforme seu conteúdo. Mazzuoli (2011), por seu turno, baseando-se



nas lições do jurista alemão Erick Jayme, enfatiza a necessidade de se ter um diálogo entre as fontes do direito, dizendo não estarem elas restritas apenas às leis internas.

No entanto, cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal – STF – tem seguido um caminho inverso ao que vinha defendendo a mencionada doutrina quanto à hierarquia constitucional. A discussão acerca dos tratados comuns estancou-se quando se reconheceu sua paridade às leis ordinárias, conforme art. 102, III, b, que delega competência ao STF para declarar, mediante recurso extraordinário, a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Porém, a divergência prosseguiu quanto aos tratados de direitos humanos.

Inicialmente, o STF, por meio do RE n.º 80.004/77, declarou que os tratados de direito internacional, em geral, incluindo os de direitos humanos, teriam valor de lei ordinária, sendo assim vulneráveis a possíveis revogações quando houvesse uma lei posterior ao tratado. Esse entendimento foi reiterado pelo Guardião da Carta Maior no HC n.º 72.131/95.

Entretanto, parece violar esse posicionamento tanto o que determina a Constituição Federal de 1988, nos termos acima explicitados, como o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ratificada pelo Brasil), que versa sobre a impossibilidade de um Estado alegar a existência de uma norma interna para descumprir previsões de um tratado internacional.

Nesse âmbito, no julgamento em conjunto do RE n.º 466.343-SP, em que se tratou do tema da legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos – HC n.º 87.585-TO e RE n.º 347.703-RS, o STF revisou seu posicionamento anterior, firmando que os tratados de direitos humanos, não aprovados com maioria de 3/5, teriam caráter supralegal, ou seja, estariam acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição. Vale ressaltar poder-se extrair a mesma conclusão do disposto nas Constituições da Alemanha (art. 25), França (art. 55) e Grécia (art. 28).

Bem discorre Mazzuoli (2009) quando diz haver, após a referida decisão do intérprete da Carta Maior, três tipos de posições hierárquicas a serem ocupadas pelas normas internacionais na ordem jurídica brasileira: supralegal, legal e constitucional. Nas palavras do autor:

Depois dessa referida (e histórica) decisão do STF, a síntese que poderia ser feita seria a seguinte: (a) tratados de direitos humanos não aprovados com quórum qualificado: valor supralegal; (b) tratados de direitos humanos aprovados com quórum qualificado pelo Congresso Nacional: valor de Emenda Constitucional (valor constitucional); (c) tratados



que não versam sobre direitos humanos: valor legal (tese da equiparação ou paridade); (d) exceção a essa regra constitui eventual tratado sobre direito tributário (visto que ele goza de valor supralegal – CTN, art. 98).

No entanto, um forte setor da doutrina, aqui representado por Flávia Piovesan, Antônio Cançado Trindade, Valério Mazzuoli (2009), sustenta a perspectiva de que os tratados de direitos humanos, v. g., Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos civis e políticos, contam com status constitucional, por força do art. 5º, § 2º, da CF/88.

Há de se recordar também que a partir da edição da EC nº 45, com o acréscimo do §3º ao art. 5º da CF/88, que acima se transcreveu, parte majoritária dos estudiosos vem defendendo não restar dúvida quanto ao caráter constitucional dos tratados de direitos humanos. Nada obstante, o tema é espinhoso, e a discussão ainda persiste.

Nesse ínterim, ao refletir acerca das mais diversas preleções dos internacionalistas, torna-se relevante perquirir em torno da aplicação das normativas internacionais nas fundamentações sentenciais brasileiras de 1ª instância.

E, a esse respeito, uma coisa é certa: o que deve ser apregoadado do conteúdo acima discorrido é o fato de que os tratados internacionais incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro possuem plena capacidade de serem aplicados nas decisões internas de 1ª instância. Não há impedimento para tal feito, tendo em vista que – supralegais, constitucionais ou legais – esses possuem ao menos paridade junto às leis ordinárias, o que autoriza sua utilização nos fundamentos ou dispositivos sentenciais.

3.2 Da formação de precedentes judiciais a partir da aplicação de tratados internacionais pela jurisdição de 1º grau no Brasil

Consoante magistralmente afirmam Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes (2012, p. 295), é cediço que a aplicação de matéria internacional em sentenças (na parte da fundamentação ou do dispositivo) de 1º grau veste-se de uma perspectiva muito nova no Brasil. Segundo os autores, tanto é que ainda não se aperceberam os juízes e tribunais da ampliação das fontes do Direito, não mais resumidas às leis, às fontes infralegais, aos códigos e à Constituição Federal de 1988, eis que passaram a albergar também os tratados internacionais, notadamente os de direitos humanos, assim como a jurisprudência dos Tribunais Internacionais.



É o entendimento que se coaduna com o supramencionado art. 27 da Convenção de Viena de 1969, atinente à proibição de se justificar a inaplicabilidade do tratado internacional em face da existência de norma interna oposta. Assim, estariam os juízes obrigados a recorrer aos tratados internacionais, objetivando garantir a efetiva aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da máxima efetividade das normas constitucionais – tendo como parâmetro a ampliação do bloco de constitucionalidade com o acréscimo das normas de direitos humanos advindas de tratados internacionais – e, ainda, o da isonomia.

E repisa-se: não se tem constatado a aplicação contínua dos tratados na formação de precedentes judiciais de 1ª instância no Brasil. Torna-se necessário, pois, o abandono da estrita legalidade e do formalismo judicial, de forma a concretizar a tendência da doutrina processualista civil brasileira que, mesmo partindo do modelo de “*civil law*”, passa a ser de abertura para interpretação e aplicação de jurisprudência.

Em pesquisa correlata à aplicabilidade da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica - realizada nos sites do TJRN, TJFR5, STJ e STF, encontrou-se as seguintes quantidades de precedentes judiciais: (I) TJRN, três Acórdãos – segue abaixo o HC com liminar nº 213.001422-9, uma das três decisões encontradas; (II) TJFR5, 10 acórdãos; (III) STJ, 255 acórdãos e (IV) STF, 201 acórdãos.

Logo, resta evidente não rara negligência do Poder Judiciário brasileiro de 1º grau, exaustivamente aqui sobressaltada, tendo em vista a vultosa quantidade de processos envolvendo questões que dariam ensejo à aplicação dos tratados internacionais de modo genérico.

Eis o teor do precedente a que se acabou de fazer alusão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, §2º, II E IV, CP). CITAÇÃO FICTA. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. INTIMAÇÃO POR EDITAL. HABEAS CORPUS OBJETIVANDO O SOBRESTAMENTO DO FEITO E ANULAÇÃO DA INTIMAÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA POR EDITAL. POSSIBILIDADE. FATO CRIMINOSO OCORRIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N.º 9.271/96. NÃO INCIDÊNCIA DA NOVA REDAÇÃO DO ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 420, PARÁGRAFO ÚNICO, E ART. 457 DO CPP. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. OBRIGATORIEDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL. PRECEDENTE DO STJ.



1. Com a entrada em vigor da Lei n.º 11.689/08, foi incluído parágrafo único ao art. 420 do Código de Processo Penal e alterada a redação do art. 457, caput, passando-se a permitir a intimação por edital do pronunciado não localizado, regra não aplicada aos fatos ocorridos antes do advento da Lei n.º 9.271/96, devendo, pois, ser obedecida a antiga regra do art. 414 do Código de Processo Penal prevendo a intimação pessoal da sentença de pronúncia.
2. A necessidade de intimação pessoal da sentença de pronúncia, quando a citação se dá por edital, decorre também da Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica (1969) - da qual o Brasil é signatário (Decreto n.º 678/1992).
3. No caso, a conduta delituosa imputada nos autos ocorreu em 08/08/1990. A citação ocorreu fictamente, assim como a intimação da sentença de pronúncia, situação esta que caracteriza flagrante ilegalidade, sendo necessária a anulação da intimação por edital.¹

Ao fim, não é demais repetir: não restam dúvidas de que a aplicação das normas postuladas em tratados internacionais no ordenamento jurídico interno brasileiro torna-se essencial para a obtenção da máxima garantia de um julgamento justo. De mais a mais, é na formação de precedentes judiciais, a partir do manejo das normas externas pela jurisdição de 1º grau, que se pode também visualizar um efetivo avanço na efetividade do direito internacional. Isto é, não basta apenas reconhecer o direito internacional e seus respectivos atos normativos, necessita-se que eles sejam efetivamente aplicados.

4 CONCLUSÃO

A aplicabilidade dos tratados internacionais nas sentenças prolatadas em primeiro grau de jurisdição revela-se essencial para a efetiva concretização dos objetivos máximos do contemporâneo pensamento jurídico, a incluir o de cunho processual, considerando as exigências de tutela adequada, tempestiva e efetiva que lhe são correlatas. Isso porque a tutela adequada

¹ TJRN. HC com liminar nº 213.001422-9. Câmara Criminal. Relatora: Des. Maria Zeneide Bezerra. Data de julgamento: 05/03/2013. (Grifo Nosso).



ao direito material que está em crise é também em último, mas não menos importante aspecto, a tutela justa.

É dizer: deixar de aplicar um tratado de direito internacional mais benéfico que ocupa na ordem jurídica estatal a mesma posição hierárquica – ou até mesmo superior – que uma determinada regra de caráter interno, significa, pelo menos em tese, afastar-se da atual compreensão do Direito. E os dados factuais trazidos à baila expressam que tal indesejado afastamento tem se verificado na prática cotidiana dos órgãos brasileiros de primeiro grau de jurisdição.

Nesse cenário, emerge a ideia de que a concessão de uma tutela justa, adequada e tempestiva ao jurisdicionado não pode estar apartada de princípios constitucionais tão caros ao Estado Democrático de Direito, como o são a previsibilidade e a isonomia diante das decisões judiciais, relacionadas à sobressaltada questão da formação de precedentes.

Portanto, é dada a hora de conferir efetividade aos direitos assegurados nos tratados internacionais, não devendo os juízes brasileiros de primeira instância, ao julgarem, furtar-se desse *mister*, sob pena de se mitigar os destacados avanços já empreendidos no pensamento jurídico acerca da matéria, sobretudo nos campos internacional e processual.

Não podem, enfim, os magistrados brasileiros de primeira instância descurar de seu verdadeiro papel no hodierno Estado Constitucional e (Humanista) do Direito. Papel este, vale ressaltar, vinculado à sua atividade criativa, enquanto fonte normativa e ensejadora da construção de precedentes, pelo que devem os julgadores buscar aplicar, sistematicamente, as várias fontes do direito em conjunto, estejam elas ligadas às regras constitucionais estatais, às infraconstitucionais de caráter interno, ou aos tratados internacionais (especialmente aos de direitos humanos).

REFERÊNCIAS

ALLEMÃO, Flávia Maria Aires Freire. **Antinomias entre os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o Direito Interno Brasileiro**. Disponível em: <<http://www2.tjce.jus.br:8080/dike/wp-content/uploads/2010/11/Flavia-Allemao.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2014.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 15. ed.rev., ampliada e



atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do Direito. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Luís Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Características gerais do direito (especialmente do direito internacional) no liminar do terceiro milênio. Revista Jurídica da UFRN **In Verbis**, Natal, a. 17, n.32, p.267-299, jul./agosto2012. Semestral.

GOMES, Luís Flávio; PIOVESAN, Flávia. **O Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo. RT. 2000.

MACHADO, Jónatas E. M.. **Direito internacional**: do paradigma clássico ao pós 11 de setembro. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: RT, 2011.

_____. **Valor dos Tratados Internacionais: Do Plano Legal ao Ápice Supraconstitucional?** (Parte II). Disponível em:<<http://www.lfg.com.br>. 13>. Acesso em: 05 abr. 2014.



MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 206, p.61-78, abr. 2012.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 33 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria Pluriversalista do Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 121, n. 34, p.121-152, jun. 2009.

THE APPLICABILITY OF INTERNATIONAL LAW AS *RATIO DECIDENDI* IN FIRST INSTANCE IN BRAZILIAN JUDICIARY UNDER JURIDIC CONTEMPORARY KNOWLEDGE

ABSTRACT

This work investigates the applicability of international treaties that have been entered into the domestic legal system by Brazilian first degree courts. Develops the concepts on which is founded the problem emphasizing basic notions of judicial precedent, *ratio decidendi* and the hierarchical position of international law in the domestic legal order homeland. Starting from the perception that the formation of precedent carries on another hand the values of justice and equality it understands that the judges should apply in their judgments the international treaties incorporated by the laws of the country. It shows that the law sources should be applied simultaneously sought as concludes by "theory of dialogue" from German doctrine. It exposes in this way some basic facts



from judge-made law (jurisprudence) which shows that the judges from first instance in Brazil don't lay on international law in their decisions.

Keywords: International Treaties. Applicability. *Ratio decidendi*. Sentence.

