

IX- A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO

.....

FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará; Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; Diretor Geral da Escola Superior da Magistratura do Ceará; Ex-Procurador Geral do Município de Fortaleza; Ex-Procurador do Estado do Ceará; Ex-Procurador Geral do Estado do Ceará; Ex-Secretário da Justiça do Estado do Ceará; Ex-Secretário do Governo do Estado do Ceará.

I. Introdução

É crescente o número de celebrações de tratados e convenções internacionais, multiplicando no mundo hodierno as relações entre as ordens jurídicas internas e a ordem jurídica internacional. Daí a importância do conhecimento do direito internacional pelos diversos profissionais do Direito, haja vista a repercussão das questões externas no âmbito de cada Estado, onde os diplomas internacionais, por força de suas promulgações, passam a fazer parte da ordem jurídica interna dos Estados.

Urge, ademais, recuperar o prestígio da disciplina Direito Internacional nos Cursos Jurídicos, hoje relegada injustificavelmente a um segundo plano.

Nesta breve exposição, tencionamos fazer uma análise sucinta e despretensiosa das doutrinas confrontantes sobre as relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno, bem como do possível conflito entre suas regras, com realce para as posições e soluções adotadas pelo sistema jurídico brasileiro, à luz da nova ordem constitucional e do posicionamento da doutrina e da jurisprudência pátria, voltando a atenção, em especial, para os instrumentos internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e sua incorporação ao direito interno brasileiro.

II. As relações entre o direito internacional e o direito interno. Teorias confrontantes

A questão da incorporação dos tratados e convenções internacionais no Direito de determinado país continua sendo assunto que ainda gera muita dúvida e polêmica.

O certo é que, não obstante as frequentes celebrações de tratados e convenções internacionais, estes são poucos invocados em nossa comunidade jurídica, ora pelo próprio desconhecimento dos textos aludidos, ora por ignorar-se o alcance de sua força normativa no âmbito do direito interno.

Com efeito, como já se disse, é preciso chamar a atenção para a necessidade de recuperar o prestígio do direito internacional nos bancos acadêmicos, a fim de que as normas internacionais, principalmente as pertinentes aos Direitos Humanos, possam ser efetivamente conhecidas e aplicadas.

De princípio, cumpre-nos examinar se os tratados ou convenções internacionais formam um ordenamento jurídico autônomo, distinto, ou se os mesmos se incorporam à ordem jurídica interna.

Como se sabe, a discussão sobre a matéria é antiga, emergindo dela duas teorias clássicas: de um lado, os dualistas; de outro, os monistas. Os primeiros, tendo como principais arautos TRIEPEL e ANZILOTTI, sustentam a independência do direito internacional frente ao direito interno. Afirmam tratar-se de ordens jurídicas diferentes a regularem relações distintas, não podendo, por consequência, haver conflito entre suas normas, já que não é possível uma norma ser simultaneamente obrigatória em ambas as ordens jurídicas.

Os segundos, que têm como precursor HANS Kelsen, dividem-se em duas correntes: uma sustenta a existência de uma ordem, composta de regras internacionais e internas, sob o primado do direito internacional; e a outra defende a primazia do direito nacional, argumentando ser uma faculdade do Estado soberano a adoção de regras de direito internacional.

No fundo, o cerne dessa discussão é saber se os tratados ou convenções internacionais têm força vinculante para os Estados signatários e seus súditos, ou se, ao contrário, servem tão-somente de recomendação para que os Estados soberanos legislem sobre a matéria de que tratam os diplomas internacionais, e só então é que as normas de direito internacional se incorporam ao direito interno.

Atualmente, não se discute a força normativa dos tratados e convenções internacionais em relação aos Estados pactuantes e seus súditos. Encontra-se de todo superada a teoria de que as regras internacionais são meramente decorativas ou orientativas em relação ao direito interno; ao revés, têm elas força cogente para o direito nacional, a partir do momento em que são inseridas no ordenamento jurídico de determinado país. O que se há de questionar é se sua vigência se dá de modo automático ou se é necessária a adoção de certas formalidades.

Aqui, mais uma vez, surge a polêmica entre monistas e dualistas. Os primeiros apregoam que a incorporação das regras internacionais no direito interno se dá automaticamente com a ratificação do tratado; enquanto os segundos

sustentam que tais regras só vigoram internamente caso transformadas em norma jurídica nacional.

No Brasil, adotou-se uma solução mais consentânea com a doutrina dualista, embora sem o radicalismo da exigência de elaboração de lei formal, para que se desse a incorporação do direito internacional no direito interno. Todavia, não se contentou o legislador constituinte com a simples ratificação.

Consoante ensina o Ministro FRANCISCO REZEK, “a vontade nacional, afirmativa quanto à assunção de um compromisso externo, repousa sobre a vontade conjugada dos dois poderes políticos. A vontade individualizada de cada um deles é necessária, porém não suficiente”.¹

De fato, é atribuição do Congresso Nacional (art. 49, I da CF) examinar e aprovar o conteúdo do tratado, iniciando pela Câmara e depois pelo Senado. Uma vez aprovado o compromisso nas duas Casas Legislativas, mister se faz formalizar a decisão do Parlamento, o que é feito por Decreto Legislativo expedido pelo Presidente do Senado e publicado no Diário Oficial da União, sendo o texto aprovado em seguida promulgado pelo Presidente da República através de Decreto publicado no órgão oficial, com o texto completo do tratado em anexo. Só então é que o diploma internacional passa a vigorar internamente.

III. O conflito entre a norma internacional e a norma interna

O direito internacional clássico tinha objeto bastante limitado, pois praticamente cuidava de regular as situações de paz e guerra, as relações diplomáticas e a determinação das liberdades de navegação, dentre outras poucas atividades dos Estados.

Hoje, contudo, o que se vê é um alargamento dos temas cuidados nos tratados e convenções internacionais, o que aumenta a possibilidade de eventual conflito entre a norma internacional e o direito interno.

JEAN MICHEL ARRIGHI, examinando o assunto, assevera que no direito internacional clássico era *“poco probable un conflicto entre una norma internacional, reguladora de relaciones entre Estados, y una norma de derecho interno, reguladora de las relaciones entre particulares o entre particulares y el Estado, sometidas éstas a su soberanía exclusiva”*. E conclui: *“Hoy la situación es muy otra. Si bien la Carta de las Naciones Unidas, en su artículo 2º, párrafo 7º, se refiere a los ‘asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados’, las modificaciones sufridas por el orden jurídico internacional los restringen cada día. Asuntos hasta ayer regulados por el derecho interno son hoy, también, objeto de regulación por el derecho internacional. Es claro el caso en materia de derechos humanos, en materia de relaciones laborales, en materia de telecomunicaciones, para sólo citar algunos ejemplos”*.²

Em verdade, ante a amplitude dos temas tratados nos instrumentos internacionais, é muito provável a ocorrência de conflitos entre as regras externas e as normas de direito interno. Então, é preciso definir qual a estatura da norma jurídica internacional no ordenamento nacional.

Não havendo norma internacional que assegure o primado do direito das gentes, tal estatura há de ser definida pela lei fundamental do Estado soberano.

Como afirma REZEK, “dificilmente uma dessas leis fundamentais desprezaria, neste momento histórico, o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, a si mesma, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado. Assim, posto o primado da Constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder”.³

Respeitada a supremacia da Constituição do Estado, resta buscar a solução para o confronto entre o tratado e as leis infraconstitucionais. Alguns países têm adotado a primazia da norma internacional sobre a norma

interna, como se verifica na França, Grécia, Peru e Holanda; enquanto outros têm consagrado o tratamento paritário entre o tratado e a lei nacional.

A Constituição brasileira, embora não fazendo de modo expresso, deixa clara a adoção do sistema paritário, quando submete os tratados ao controle de constitucionalidade (art. 102, III, b, CF), a exemplo das leis infraconstitucionais.

A jurisprudência brasileira, num primeiro momento, chegou a conceber a primazia do tratado sobre o direito interno infraconstitucional, tendo posteriormente, assentado o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, por maioria, que, ante o conflito do Tratado, com lei posterior, esta é de prevalecer perante a Justiça, ainda que o Estado venha a sofrer, no plano internacional, as conseqüências do descumprimento do Tratado.

IV. Os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos

No que se refere à proteção internacional dos direitos humanos é preciso que se diga que a proporção que o direito internacional foi se desenvolvendo, sua preocupação com o homem foi aumentando, e o ser humano passou a adquirir, a cada dia, maior relevância no cenário internacional.

Presentemente, a questão de saber se o homem é ou não sujeito de direito na esfera internacional está ultrapassada; negar-lhe personalidade nesse campo seria negar e desvirtuar a existência de uma gama de institutos do direito das gentes.

A propósito, colhe-se a irretocável lição do Prof. CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO, verbis: “O direito, seja ele qual for, dirige-se sempre aos homens. O homem é a finalidade última do Direito. Este somente existe para regulamentar a vida entre os homens. Ele é um produto do homem. Ora, não poderia o DI negar ao indivíduo a subjetividade internacional. Negá-la seria desumanizar o DI e transformá-lo em um

conjunto de normas ocas sem qualquer aspecto social. Seria fugir ao fenômeno de socialização que se manifesta em todos os ramos do Direito”.⁴

Com o perpassar dos tempos, foi realmente o homem crescendo de importância na vida internacional, vencendo os obstáculos do passado, o que resultou no reconhecimento de que a proteção dos direitos humanos é algo inerente à própria dignidade da pessoa humana, não se derivando do Estado, não podendo, pois, ficar adstrita ao seu “domínio reservado”.

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, com muita propriedade, leciona que: “o desenvolvimento histórico da proteção internacional dos direitos humanos gradualmente superou barreiras do passado: compreendeu-se, pouco a pouco, que a proteção dos direitos básicos da pessoa humana não se esgota, como não poderia esgotar-se, na atuação do Estado, na pretensa e indemonstrável ‘competência nacional exclusiva’. Esta última (equiparável ao chamado ‘domínio reservado do Estado’) afigura-se como um reflexo, manifestação ou particularização da própria noção de soberania, inteiramente inadequada ao plano das relações internacionais, porquanto originalmente concebida, tendo em mente o Estado *in abstracto* (e não em suas relações com outros Estados), e, como expressão de um poder interno, de uma supremacia própria de um ordenamento de subordinação claramente distinto do ordenamento internacional, de coordenação e cooperação, em que todos os Estados são, ademais de independentes, juridicamente iguais”.⁵

Realmente, não se pode, nos dias atuais, pretender que a proteção dos direitos humanos recaia tão-somente no campo da jurisdição interna dos Estados, como outrora defendido por certas correntes doutrinárias.

De feito, o que se quer é que as normas internacionais e as normas internas de proteção dos direitos humanos andem sempre de mãos dadas, buscando-se a melhor forma de resguardar os direitos fundamentais da pessoa humana.

Não devemos, pois, perder-nos no antagonismo da primazia entre a regra internacional e a norma interna, vez que os instrumentos interna-

cionais de proteção aos direitos humanos não se enquadram na moldura dos tratados clássicos, compreendendo restrições e compromissos. Os mecanismos adotados por tais diplomas transcendem aos interesses dos Estados pactuantes, na medida em que dão ênfase a interesses gerais e estabelecem obrigações a serem implementadas de forma coletiva.

Mais uma vez, recorremos às lições do Prof. CANÇADO TRINDADE quando assevera: “No domínio da proteção dos direitos humanos, interagem o direito internacional e o direito interno movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano. A primazia é da pessoa humana”.⁶

Cumprir, portanto, reconhecer a anterioridade dos direitos humanos frente ao direito estatal. Como já tivemos oportunidade de observar alhures, “o indivíduo possui direitos anteriores e superiores aos do Estado, e este deve respeitá-los, porquanto o Estado existe em função do homem, com o fim de realizar suas necessidades, proteger seus direitos sem jamais usurpá-los. Deste modo, os direitos da pessoa humana não podem deixar de ser reconhecidos e respeitados pelo Estado”.⁷

V. Conclusão

À guisa de conclusão, cumpre destacar a identidade de objetivos entre o direito internacional e o direito nacional no que concerne à proteção dos direitos humanos, merecendo destaque a preocupação de evitar-se conflito entre as duas ordens, sempre presente na elaboração dos instrumentos internacionais, podendo ser citada, como exemplo, a adoção do princípio do prévio esgotamento dos recursos internos, o que não deixa de realçar que essa proteção desponta como responsabilidade primeira dos órgãos nacionais. Daí dizer CANÇADO TRINDADE: “não pode restar dúvida de que a implementação internacional dos direitos humanos depende, em última análise, do funcionamento eficaz dos órgãos (de proteção) internos dos Estados”.⁸

Outrossim, merece relevo a adesão do Brasil, ainda que seródia, à Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, também conhecida por Pacto de San José de Costa Rica, formalizada pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, e a posição feliz do nosso constituinte de 1988, ao consagrar que os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos, em que a República Federativa do Brasil é parte, recebem tratamento especial, inserindo-se no elenco dos direitos constitucionais fundamentais, tendo aplicação imediata no âmbito interno, a teor do disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal.

Assim sendo, embora contemos com os instrumentos de proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional, nem por isso estamos seguros da efetivação desses direitos fun-

damentais da pessoa humana, caso não se crie uma cultura dos direitos humanos, em que os órgãos públicos de todos os poderes do estado e os diversos setores da sociedade civil sintam-se co-responsáveis pela concretude da proteção dos direitos humanos, o que não é tarefa fácil num país que não consegue reduzir seus contrastes, permitindo que continuemos a conviver com a vergonha e a humilhação da miséria que atinge a grande maioria dos nossos irmãos.

É preciso, portanto, sonhar com a criação dessa cultura que tanto almejamos, mas é necessário sonharmos todos juntos para que o sonho possa tornar-se realidade, pois, como já disse o poeta do nosso cancioneiro popular, “sonho que se sonha só, é só um sonho que se sonha só. Mas, sonho que se sonha junto é realidade”.

Notas

1. RESEK, J.F. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. Saraiva, 5^a ed., 1995, p. 69.
2. ARRIGHI, Jean Michel. La Solución de Controversias entre Normas Internacionales y Normas Nacionales, in: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Ano XLVII, jan-jun 1994, n^{os} 91/92, p. 40.
3. Op. cit., pp. 103-104.
4. MELLO, Celso d. Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 1^o vol., Freitas Bastos, 4^a ed., 1974, p. 416.
5. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos e Instrumentos Básicos*. Saraiva, 1991, pp. 3-4.
6. _____ A Evolução da Proteção dos Direitos Humanos e o Papel do Brasil, in: *A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras*. IIBH, 1992, p. 34.
7. ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Paralelismo da Liberdade Individual e da Sociedade Estatal, in: *Rev. do Curso de Direito*. Fortaleza, n^o 23, jan-jun 1982, p. 154.
8. Op. cit., p. 531.