

OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Rodrigo F. M. Chaves

Procurador Federal da Advocacia Geral da União

Pós-graduando em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC)

Conselheiro do Instituto de Aperfeiçoamento em Direito do Estado (IADE)

Membro do grupo de estudos de Direito Constitucional Profa. Maria Garcia (GEC).

A questão ora formulada nos remete, de imediato, a antiga celeuma acerca da dicotomia entre o ordenamento jurídico interno e o ordenamento jurídico internacional. Com efeito, tal problemática que noutros tempos não possuía grande relevância prática, afigura-se, hodiernamente, com um vulto de extrema saliência.

Assim, apresenta-se-nos várias correntes para a solução da questão, sendo de se ressaltar, primeiramente a formulação uma dada por Hans Kelsen, que inicialmente chegou a ser acatada no Brasil, e consistia na visão do ordenamento jurídico mundial como uno. Destarte, para o saudoso gênio jurídico, o ordenamento jurídico interno era uma ramificação, uma parte do ordenamento jurídico internacional, eis que os seus destinatários finais eram seres humanos que estavam submetidos a Nações diversas sendo que os ordenamentos jurídicos destas retiravam o seu plano de validade a partir da ordem mundial¹.

Nesse cotejo, um tratado de direito internacional tinha plena validade a partir de sua conclusão e poderia ser invocado incondicionalmente, sendo que tal posicionamento foi denominado de monista.

Todavia, tal formulação não perdurou por muito tempo, pois, a partir de novas teses e uma nova ótica do direito, voltada para a valoração dos paradigmas internos frente a ordem mundial, passou-se a entender, em uma ótica diametralmente oposta à proposta por Hans Kelsen, uma visão dualista, segundo a qual o ordenamento jurídico internacional não se confunde com o ordenamento jurídico nacional, estando esses estanques em suas formulações,

¹ Nos dizeres de Jacob Dolinger, “Hans Kelsen, que deu ao monismo jurídico sua expressão científica definitiva, advogava a primazia do direito internacional sobre o direito interno por motivos de ordem prática: a primazia do direito interno acarretaria o despedaçamento do direito e, conseqüentemente, sua negação. De acordo com a teoria Kelseniana, a ordem jurídica interna deriva da ordem jurídica internacional como sua delegada. Esta foi a posição abraçada pelos internacionalistas brasileiros, tanto os publicistas como os privatistas, e que era geralmente aceita pelos tribunais brasileiros, inclusive o STF, até que em 1977, ao julgar o RE n. 80.004, a Suprema Corte modificou o seu ponto de vista, admitindo a derrogação de um tratado por lei posterior, posição que vem sendo criticada pela doutrina pátria. Esta nova posição da Excelsa Corte enraizou-se de tal maneira que o Ministro José Francisco Resek pronunciou-se recentemente de forma assaz contundente, dizendo da prevalência à última palavra do Congresso Nacional, expressa no texto doméstico, não obstante isso importasse o reconhecimento do afronta, pelo país, de um compromisso internacional. Tal seria um fato resultante da culpa dos poderes políticos, a que o judiciário não teria como dar remédio.” (apud Piovesan, in Direitos Humanos e o Direito Constitucional, 15ª edição, Malheiros Editores, 1996. ,in , Jacob Dolinger, A nova Constituição e o direito Internacional, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1987, p. 13).

fazendo-se necessário um procedimento legislativo para a incorporação dos mesmos na ordem interna.

Entrementes, tal posicionamento, adotado pelo Pretório Excelso nacional em meados de 1977, impôs um procedimento de incorporação da norma jurídica internacional insculpida no bojo de um Tratado nos seguintes termos:

1º fase: compete privativamente ao Presidente da República celebrar todos os Tratados, Convenções e Atos Internacionais.

2º fase: 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 deliberação do Parlamento será realizada através da aprovação de um decreto legislativo, devidamente promulgado pelo Presidente do Senado Federal e publicado.

3º fase: edição de um decreto do Presidente da República, promulgando o ato ou tratado internacional devidamente ratificado pelo Congresso Nacional. É nesse momento que adquire executoriedade interna a norma inserida pelo ato ou tratado internacional, podendo, inclusive, ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade².

No que pertine a carga normativa dos referidos Tratados, segundo o STF, teriam força de norma infra-constitucional, e portanto, não revogam dispositivos Constitucionais incompatíveis com os dizeres do Tratado.³

Paralelamente a todo o pensamento até aqui descortinado, tem-se, hodiernamente, o surgimento de uma nova orientação no tratamento do temário, que, no Brasil, foi introduzida a partir dos atilios estudos da Prof. Flávia Piovesan, segundo o qual os Tratados internacionais que se referem a direitos humanos tem aplicação imediata e força normativa de norma constitucional.

Tal posicionamento está fulcrado em uma interpretação sistemática do texto Constitucional, que em seu §2º do art. 5º, dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros decorrentes

² STF, Adin nº 1.480-3-medida liminar- Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 17/06/96, *apud* CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, Alexandre de Moraes, p. 517, ed. Atlas, 2001.

³ Novamente, valemo-nos dos dizeres do Ilustre Dr. Alexandre de Moraes para ilustrar, em apertada síntese, situações quejandas em outros ordenamentos jurídicos. Assim, *“a constituição portuguesa contém em seu art. 8º regra absolutamente semelhante em relação aos tratados e atos internacionais, sendo que Canotilho e Moreira assim concluem ‘ as normas de direito internacional público vigoram na ordem interna com a mesma relevância das normas de direito interno, desde logo quanto à subordinação à Constituição - sendo pois inconstitucionais se infringirem as normas da Constituição ou seus princípios ‘. Igualmente analisando a Constituição Argentina, afirma Quiroga Lavié que se o tratado vulnera a Constituição não pode ser aplicado; porém, se não há incompatibilidade com as normas constitucionais, o tratado deve ser incorporado e terá pela vigência, com hierarquia equivalente às leis federais”*. (idem, p. 518)

do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Assim, esmiuçando os dizeres constitucionais, deduz-se que se uma norma não exclui outra com ela incompatível, conclui-se que estas têm a mesma força hierárquica, pois, rememorando o nosso sistema escalonado de normas, uma norma decorre retira o seu fundamento de validade de outra, de modo que a norma criada não pode ser incompatível com a norma criadora. Destarte, se uma norma não exclui outra com ela incompatível, conclui-se que uma não deriva da outra, pois invariavelmente possuem o mesmo plano de validade.

Nesse trilhar, para Augustin Gordilho, em matéria de direitos humanos em geral temos uma ordem jurídica supra nacional e supra constitucional a cumprir, operativa, direta e imediatamente aplicável também ao ordenamento interno, por juízes e demais órgãos nacionais do Estado. (...) Como consequência, da aplicação direta da Convenção (americana), toda norma contrária pré existente - seja legal ou regulamentadora - perde automaticamente a vigência, a partir da entrada em vigor da convenção, na medida em que a respectiva cláusula pode ser interpretada como operativa.⁴

Tal entendimento encontrou alguma resistência de nossa jurisprudência por variados motivos jurídicos e políticos. Sob o aspecto jurídico, afirma os partidários da ótica dualista que o ordenamento jurídico interno não se confunde com o ordenamento jurídico internacional, eis que o denominado Poder Jurisdicional pressupõe a atuação do Estado em seu dever de dizer o direito nas relações litigiosas, sendo que, submeter o ordenamento jurídico nacional a uma jurisdição internacional submeteria a autonomia do Estado Brasileiro a ingerências internacionais. Ademais, tal configuração normativa não se coadunaria com o nosso sistema, pois as sanções aplicadas pelo ordenamento jurídico nacional não teria como atingir somente ao Estado sem influir na órbita de direitos do seu elemento pessoal, qual seja, os cidadãos que o compõe.

No que tange ao aspecto político, tem-se a problemática das interferências internacionais e aplicabilidade das sanções em países de maior poder político e econômico. Assim, aplicar-se uma sanção nos denominados países de terceiro mundo seria muito mais fácil e costumeiro do que punir países de primeiro mundo, tais como EUA, Inglaterra etc.

Tais questões são refutadas por um processo crescente de globalização do direito e das relações por este regidas, de modo que interpretar-se o sistema normativo e conjugar os conceitos de ordem jurídica interna e externa tornou-se possível, desde que se pressuponha a distinção no tratamento daquele, que se refere a relações inter pessoais entre os sujeitos

⁴ *apud* Piovesan, idem, p. in, *Derechos humanos, doctrina casos y materiales: parte general*, Buenos Aires, Fundacion de derecho administrativo, 1990., p. 45 e 48.

vinculados ao Estado Jurisdição e deste, que rege as relações inter estados, entre estados e indivíduo ou entre estados e pessoa jurídica.

Destarte, se mudam-se os destinatários da norma, muda-se o fulcro interpretativo, não se podendo vislumbrar em uma relação jurídica entre dois indivíduos a mesma inteligência aplicável a uma relação jurídica na qual figure o Estado frente as suas obrigações com a ordem internacional.

Note-se que o surgimento do direito internacional decorre, principalmente, da necessidade do indivíduo pertencente a um determinado Estado invocar a 'jurisdição internacional' para se proteger de injustiças cometidas pelo próprio Estado que o deveria proteger.

Com efeito, noutra ótica, corolária ao entendimento propugnado pela Profa. Flávia Piovesan, passou-se a analisar o poder normativo das normas constitucionais sob o aspecto material, de modo que, quando se tratar de direitos humanos, na dicotomia entre direito internacional e direito doméstico, prevaleceria a que confere maiores direitos ao indivíduo. Assim, prevaleceria caso a caso um ou outro ordenamento de acordo com a conjectura em que este se apresenta.

Malgrado seja, em uma análise prodômica, a tese que melhor se apresentaria na defesa dos direitos humanos, tal posicionamento lograria, impreterivelmente, a interpretações dispares e contraditórias, eis que não há consenso entre a jurisprudência e doutrina sobre quais seriam os direitos que conferem maior proteção ao indivíduo, notadamente pelo fato que esta proteção de bens jurídicos dependeria do destinatário da norma. Assim, tal posicionamento ensejaria uma insegurança jurídica que, em nosso entender, fardaria a tese ao insucesso.

Por todo o exposto, verifica-se que a celeuma entre a teria monista e dualista ainda não se apresenta por totalmente concluída, eis que adotando-se uma ou outra ainda emergem incompatibilidades pendentes de uma solução lógica e conglobante, sendo que, embora hodiernamente seja adotado o regime dualista na interpretação dos Tratados internacionais, sejam eles atinentes a direitos humanos, ou não, cresce na doutrina clamores para a adoção do regime monista, ao menos quando estivermos tratando de direitos humanos.

BIBLIOGRAFIA

MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, 5º edição, editora Atlas, 2001.
PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional*, 15º edição, Malheiros Editores, 1996.