

A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO NACIONAL

Marina Maria Kamarowski Nascimento

2006

Este artigo pretende, de maneira breve, explicar o processo de origem dos tratados internacionais, bem como o ingresso dos mesmos no ordenamento jurídico pátrio.

Tendo em vista a (sempre em pauta) discussão acerca da proteção dos direitos humanos no Brasil e a relação desta com o fortalecimento do Estado Democrático brasileiro, necessário se faz entender o modo pelo qual são recepcionados os instrumentos internacionais de proteção a tais direitos pelo Direito nacional.

O PROCESSO DE FORMAÇÃO E ENTRADA EM VIGOR DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Uma das primeiras preocupações da Convenção de Viena¹ sobre o Direito dos Tratados, de 1969, foi a definição do que vem a ser “tratado internacional”. Assim, no artigo 2º, § 1º, “a”, conceituou-se tratado como sendo um: "acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular". Logo,

¹ O projeto da Convenção foi preparado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas e submetido, pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), à apreciação da Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados, que celebrou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT) em de 22 de maio de 1969, codificando o Direito Internacional consuetudinário referente aos tratados. Tal Convenção entrou em vigor em 27 de janeiro de 1980. Até o presente momento, o Brasil não ratificou a CVDT, muito embora já tenha encaminhado o texto da mesma ao Congresso Nacional em 1992. Alguns juristas entendem, no entanto, que os termos da CVDT aplicam-se também aos Estados que não são Partes da mesma, inclusive ao Estado brasileiro, pelo fato de a Convenção coligar o vigente direito internacional consuetudinário acerca da matéria, na sua essência.

tratado internacional é um acordo jurídico estabelecido entre dois ou mais Estados, regulado pelo Direito Internacional, na forma escrita.

São atos *a priori* solenes, com rigorosas formalidades diferenciadas e sucessivas. A Professora Flávia Piovesan² menciona que, antes de concluídos, quatro são as etapas pelas quais passam os tratados internacionais solenes:

- a) fase das negociações preliminares;
- b) fase da adoção ou assinatura;³
- c) fase da aprovação parlamentar;⁴
- d) fase da ratificação.⁵

O Estado Brasileiro ainda adota algumas fases complementares, no sentido de garantir a aplicabilidade dos instrumentos internacionais, bem como lhes conceder força de execução, quais sejam: a promulgação, após procedimento de ratificação, por Decreto do Presidente da República; e a publicação no Diário Oficial da União. Uma vez concluído, o tratado internacional é fonte do Direito no ordenamento jurídico pátrio.

Ademais, cumpre salientar, apesar de óbvio, que deve haver mútuo consentimento entre os Estados, manifestado em expressa documentação, acerca do objeto do tratado, o qual, por sua vez, deve ser lícito e possível, posto que a promessa de uma prestação absolutamente ilegal, amoral ou irrealizável não é capaz de gerar o vínculo jurídico.

Não podem os Estados Federados e as empresas privadas (apesar de sua eventual multinacionalidade) celebrar tratados, por carecerem de personalidade jurídica internacional.

² PIOVESAN, F. **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

³ Tal adoção ou assinatura é realizada pelo Poder Executivo. Qualquer autoridade pode assinar um ato internacional, se possuir a chamada Carta de Plenos Poderes, a qual é firmada pelo Presidente da República e referendada pelo Ministro das Relações Exteriores. Conforme o artigo 7º da Convenção de Viena, a adoção ou autenticação de texto de tratado, bem como a manifestação de consentimento em obrigar-se pelo mesmo, precisa ser realizada por pessoa que detenha plenos poderes para praticar tal ato. São excluídos dessa regra, para os tratados em geral, os Chefes de Estado, os Chefes de Governo e os Ministros das Relações Exteriores. Sendo assim, a capacidade de outros Ministros ou de qualquer outra autoridade para a assinatura de atos internacionais é derivada de plenos poderes específicos para cada caso, estes concedidos pelo Presidente da República.

⁴ Trata-se da aprovação parlamentar por cada Estado que deseja se tornar parte no tratado.

⁵ Também chamada de fase da adesão propriamente dita, a partir da qual os efeitos jurídicos já podem ser produzidos inclusive em âmbito interno, e não tão somente na esfera internacional.

A Convenção de Viena de 1969, em seu artigo 6º, dispõe que todos os Estados possuem capacidade para celebrar tratados, devendo atuar por intermédio de seus representantes plenipotenciários autorizados quando das negociações com os governos estrangeiros.

Algumas pessoas, todavia, em virtude de seus cargos, são dispensadas de autorização governamental, tais como: os Chefes de Estado, ou de Governo; o representante do Ministério das Relações Exteriores; os chefes de missões diplomáticas e representantes acreditados pelos Estados, nas situações previstas no artigo 7, número 2, “b” e “c”, da CVDT.⁶ Por suas funções, não necessitam de Carta de Plenos Poderes para a celebração de tratados; são plenipotenciários ou mandatários.

No Brasil, a competência do Poder Executivo para celebrar tratado é privativa, permitindo a delegação, a qual é bastante comum nos atos internacionais.

A Constituição de 1988, em seu artigo 84, VII, diz que compete ao Presidente da República, privativamente: "manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos". Tal competência, em regra, é delegada ao Ministro das Relações Exteriores ou aos Chefes de Missão Diplomática. O próprio Decreto Número 99.578, de 10 de outubro de 1990, o qual regulamenta a organização e o funcionamento do Ministério das Relações Exteriores, preceitua no artigo 2º, inciso VI, que cabe ao Itamaraty "negociar e celebrar, com a cooperação de outros órgãos interessados, tratados, acordos e demais atos internacionais".

Dá-se a essa capacidade de conclusão de tratados a denominação “jus tractuum” ou, ainda, “treaty-making power”, expressão que significa “poder de celebrar tratados”.⁷ Tem ela sido compartilhada por um crescente número de

⁶ **Artigo 7**

(...)

2. *Em virtude de suas funções e independentemente da apresentação de plenos poderes, são considerados representantes do seu Estado:*

a) *os chefes de Estado, chefes de governo e ministros das Relações Exteriores, para todos os atos relativos à conclusão de um tratado;*

b) *os chefes de missão diplomática, para a adoção do texto de um tratado entre o Estado acreditante e o Estado acreditado;*

c) *os representantes acreditados pelos Estados perante uma conferência ou organização internacional ou um de seus órgãos, para a adoção do texto de um tratado em tal conferência, organização ou órgão.*

⁷ A expressão “treaty-making power” foi utilizada textualmente pela primeira vez por Henry Wheaton, na obra *Elements of International Law*, publicada em 1836.

entidades, inclusive organizações internacionais intergovernamentais, além dos próprios Estados, conforme ensina Grandino Rodas, advertindo, no entanto:

Geralmente tal poder vem expresso no tratado constituidor, podendo ser também inferido na prática firmada pelos mesmos, no exercício de suas funções. Desde que tenham sua capacidade reconhecida por algum Estado, poderão um movimento de libertação nacional, uma autoridade insurreta ou um governo no exílio, celebrar tratados bilaterais com o mesmo.⁸

O PROCEDIMENTO INTERNO DE CONCLUSÃO DOS TRATADOS

É importante o entendimento acerca das fases ou procedimentos internos pelos quais passam os tratados antes de sua ratificação, pois a observação de tais fases é essencial para que se possa falar em eficácia do instrumento no ordenamento do Estado-membro.

A Constituição Brasileira de 1988 estabelece, apesar de não estabelecer a sistemática, que a execução dos tratados internacionais e também a incorporação dos mesmos pelo ordenamento pátrio decorrem de ato complexo, que resulta da soma das vontades do Congresso Nacional e do Presidente da República. Aquele decide definitivamente acerca dos tratados, por intermédio de decreto legislativo, conforme o artigo 49, inciso I, da Constituição de 1988;⁹ este, por sua vez, assina, ratifica e promulga internamente o tratado, mediante decreto, como define o artigo 84, inciso VIII, da Carta Magna.¹⁰ Estes dois são praticamente os únicos artigos presentes no texto constitucional, além das disposições previstas nos parágrafos do artigo 5º¹¹, que tratam do ingresso dos

⁸ RODAS, João Grandino. **Tratados internacionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 12.

⁹ **Art. 49.** *É da competência exclusiva do Congresso Nacional:*
I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;
(...)

¹⁰ **Art. 84.** *Compete privativamente ao Presidente da República:*

(...)
VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

¹¹ **Art. 5º...**

§ 1º *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*

tratados internacionais no ordenamento interno, o que é compreensível pela má tradição constitucional brasileira em relação à matéria em pauta, qual seja, a incorporação dos tratados.

Também menciona a Carta Magna, em seu artigo 21, inciso I, que é de competência da União a manutenção das relações com Estados estrangeiros e a participação em organizações internacionais.

Fato é que compete ao Poder Executivo presidir a política externa, resguardando o País em âmbito internacional, enquanto o Poder Legislativo determina *in abstracto* e controla os atos executivos. Dado que o Congresso Nacional representa a vontade da sociedade brasileira, não produz efeitos o tratado não aprovado por ele.

Terminada a etapa da negociação de um tratado, o Presidente da República, se satisfeito com o acordo realizado, submete-o à análise do Congresso, que, como já mencionado, representa a soberania popular, podendo então, caso não se satisfaça com o pacto, determinar o arquivamento do procedimento. Manifesta-se o Congresso expedindo decreto legislativo, nos termos do artigo 59, VI da Constituição da República, materializando o que ficou decidido acerca dos tratados, atos ou acordos internacionais, caso os aceite; em caso de negativa, apenas se comunica a decisão ao Chefe do Executivo.

A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS PELO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Conforme ensina Flávia Piovesan, em sua obra *Temas de direitos humanos*¹², a Carta de 1988 representa o marco jurídico da transição

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

¹² Op. Cit., p. 44.

democrática e da institucionalização dos direitos humanos no País. Rompendo com o antigo regime autoritário, a Constituição de 1988 exalta direitos e garantias como nunca antes feito na história constitucional brasileira.

A valorização da dignidade humana, elevada a princípio fundamental constitucional, conforme o artigo 1º, III¹³, coloca-se como base do ordenamento jurídico nacional, tornando-se critério e paradigma de valoração a orientar o entendimento e a interpretação constitucional, juntamente com os demais direitos fundamentais arrolados na Carta, compondo, desse modo, um conjunto de valores de relevante força expansiva, o qual se projeta nas disposições normativas.

Tal força de expansão é extraída do segundo parágrafo do artigo 5º da Constituição, o qual proclama que os direitos e garantias ali defendidos: “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Desta forma, organizam-se os direitos fundamentais, à luz da Carta de 1988, em três grupos: a) dos direitos expressamente arrolados pela Constituição; b) dos direitos implícitos, os quais decorrem do regime e princípios adotados pelo texto constitucional; e c) dos direitos expressamente previstos nos tratados internacionais ratificados pelo País.

Logo, a Carta da República, ao proteger os direitos enunciados nos tratados internacionais dos quais seja signatário o Brasil, atribui hierarquia

¹³ **Art. 1º.** *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

especial aos direitos internacionais, elevando-os à categoria de norma constitucional¹⁴, de aplicabilidade imediata, com eficácia plena.¹⁵

Saliente-se que, diferentemente dos demais tratados internacionais, os quais possuem força infraconstitucional, cabendo recurso extraordinário de decisão que declare sua (in)constitucionalidade, nos termos do artigo 102, III, “b”¹⁶, da Constituição, os direitos apresentados por tratados de proteção aos direitos humanos possuem força de norma constitucional, posto que visam a salvaguarda de direitos que transcendem a esfera da simples relação de equilíbrio e reciprocidade entre Estados-membros (como objetivam os tratados comuns), protegendo os direitos inerentes aos seres humanos. É isso que justifica o caráter constitucional atribuído às normas inseridas em tratados internacionais de proteção aos direitos humanos.

A partir do ato de ratificação, esses tratados produzem efeitos na ordem jurídica interna e internacional, concomitantemente, diversamente do que ocorre com os tratados comuns, que tratam, por exemplo, de relações comerciais entre Estados, os quais estão submetidos ao sistema de incorporação legislativa, posto que se inserem no ordenamento nacional como normas infraconstitucionais. Acerca da incorporação dos tratados comuns, lembra Flávia Piovesan, em *Temas de Direitos Humanos*:

¹⁴ Flávia Piovesan menciona a existência de quatro correntes doutrinárias sobre a hierarquia dos tratados protetores dos direitos humanos, que sustentam: a) a hierarquia supra-constitucional dos referidos tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia supra legal, mas infra-constitucional e d) a igualdade hierárquica entre o tratado e a lei federal. Em PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. São Paulo, Max Limonad, 2002, p. 75-98.

¹⁵ José Afonso da Silva classifica as normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade das mesmas, da seguinte maneira: a) normas de eficácia plena, com aplicabilidade direta, imediata e integral; b) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não-integral e; c) normas de eficácia limitada e aplicabilidade mediata ou indireta, declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e declaratórias de princípios programáticos. Em SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 270. As normas protetoras de direitos humanos, provenientes dos tratados internacionais, portanto, enquadram-se, em tese, na primeira classificação proposta pelo autor, posto que se tratam de normas auto-aplicáveis, que dispensam legislação complementar; produzem efeitos, ou ao menos possuem a propriedade de produzi-los desde sua entrada em vigor.

¹⁶ **Art. 102.** *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

(...)

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

Discute-se ainda se após a ratificação seria necessário um ato normativo interno, a fim de que o tratado passasse a irradiar efeitos também no plano nacional. Vale dizer, discute-se a necessidade de ato jurídico nacional que “transportaria” o conteúdo do tratado internacional para o plano do ordenamento jurídico interno, reproduzindo-o sob a roupagem de ato normativo interno.

Esse debate remete à reflexão sobre as correntes monista e dualista. Para a corrente monista, o Direito Internacional e o Interno compõem uma mesma e única ordem jurídica. Já para os dualistas, o Direito Internacional e o Interno constituem ordens separadas, incomunicáveis e distintas. Conseqüentemente, para a corrente monista, o ato de ratificação do tratado, por si só, irradia efeitos jurídicos no plano internacional e interno, concomitantemente – o tratado ratificado obriga nos planos internacional e interno. Para a corrente dualista, a ratificação só irradia efeitos no plano internacional, sendo necessário ato jurídico interno para que o tratado passe a irradiar efeitos também no cenário interno.

Na visão monista há a incorporação automática dos tratados no plano interno, enquanto que na corrente dualista a incorporação não é automática. A incorporação automática é adotada pela maioria dos países europeus, como a França, a Suíça e os Países-Baixos, no continente americano pelos Estados Unidos e alguns países latino-americanos, e ainda por países africanos e asiáticos. Essa forma de incorporação é amplamente considerada como a mais efetiva e avançada sistemática de assegurar implementação aos tratados internacionais no plano interno.¹⁷

E complementa:

A doutrina predominante tem entendido que, em face da lacuna e silêncio constitucional, o Brasil adota a corrente dualista, pela qual há duas ordens jurídicas diversas: a ordem interna e a ordem internacional. Para que o tratado ratificado produza efeitos no ordenamento jurídico interno, faz-se necessária a edição de um ato normativo nacional. No caso brasileiro, esse ato tem sido um decreto de execução, adotado pelo Presidente da República, com finalidade de promulgar o tratado ratificado na ordem jurídica interna, conferindo-lhe execução, cumprimento e publicidade no âmbito interno.

Essa visão não se aplica, contudo, aos tratados de direitos humanos que, por força do art. 5º, § 1º, têm aplicação imediata. Isto é, diante do princípio da aplicabilidade imediata. Isto é, diante do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, os tratados de direitos humanos, assim que ratificados, irradiam efeitos no cenário internacional e interno, dispensando-se a edição de decreto de execução. Já no caso dos tratados tradicionais, há a exigência do aludido decreto. Logo, a Constituição adota um

¹⁷ *Op. Cit.*, p. 79 e 80.

sistema jurídico misto, na medida em que, para os tratados de direitos humanos acolhe a sistemática de incorporação automática, enquanto que para os tratados tradicionais acolhe a sistemática da incorporação não-automática.¹⁸

Portanto, no caso dos tratados de proteção aos direitos humanos, ratificados pelo País, a sistemática de incorporação é automática, em conformidade com o primeiro parágrafo do tão aludido 5º da Constituição, não se esquecendo da importância dos demais parágrafos desse mesmo artigo, inclusive o terceiro e quarto, ambos recentes, incluídos pela Emenda Número 45 de 2004.¹⁹

IMPACTOS DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NA ORDEM JURÍDICA NACIONAL

No que se refere aos impactos jurídicos dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos sobre o Direito interno, três diferentes situações podem acontecer, vez que o direito enunciado pelo tratado pode:

- a) coincidir com a norma já assegurada constitucionalmente, caso em que os preceitos do Direito Internacional reproduzem os da Carta;
- b) integrar, complementar e ampliar o rol dos direitos constitucionalmente assegurados;
- c) contrariar disposição constitucional.

Quanto à primeira hipótese, a própria Constituição de 1988 já determina certas normas de Direito Internacional, em se tratando de proteção aos direitos humanos. Veja-se o caso, por exemplo, do inciso II do artigo 5º da Carta, o qual estabelece que: “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento cruel, desumano ou degradante”. Tal dispositivo é a reprodução do artigo V da

¹⁸ *Op. Cit.*, p. 82 e 83.

¹⁹ Dispositivos já mencionados em nota de rodapé “12”.

Declaração Universal de 1948²⁰, do artigo 7º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos²¹ e, também, do artigo 5º (2) da Convenção Americana.²²

Esta assimilação de preceitos de tratados internacionais na ordem interna reflete, além da orientação e inspiração da legislação nacional pelo Direito Internacional, a preocupação do legislador em adequar o direito interno com as normas internacionais, de maneira a ajustá-lo às obrigações assumidas pelo País no cenário internacional.

A segunda hipótese verifica-se quando as normas trazidas pelos tratados internacionais de proteção aos direitos do homem acabam por ampliar o rol de direitos assegurados pela ordem interna. É o caso, por exemplo, do artigo 13 (5) da Convenção Americana²³ (e artigo 20 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), o qual proíbe qualquer propaganda favorável à guerra ou apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento à violência, hostilidade ou discriminação. Cite-se também, dentre tantos outros exemplos, o artigo 1º (4) da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial²⁴, que assegura a possibilidade de os Estados adotarem medidas, em âmbito social, cultural e

²⁰ **Artigo V** - Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante. (Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948)

²¹ **Artigo 7º** - Ninguém poderá ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas. (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966)

²² **Artigo 5º**

(...)

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. (Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969)

²³ **Artigo 13**

(...)

5. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões. (Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969)

²⁴ **Artigo 1º**

(...)

4. Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em conseqüência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos. (Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de discriminação Racial de 1968)

econômico, que assegurem a determinados grupos raciais a adequada proteção de seus direitos e liberdades fundamentais.

Nesse sentido, afirma a já mencionada Professora Flávia Piovesan, em *Temas de direitos humanos*:

O Direito Internacional dos Direitos Humanos ainda permite, em determinadas hipóteses, o preenchimento de lacunas apresentadas pelo Direito brasileiro. A título de exemplo, merece destaque decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal acerca da existência jurídica do crime de tortura contra criança e adolescente, no Habeas Corpus n. 70.389-5 (São Paulo; Tribunal Pleno – 23.6.94; Relator: ministro Sidney Sanches; Relator para o Acórdão: ministro Celso de Mello). Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal enfocou a norma constante no Estatuto da Criança e do Adolescente que estabelece como crime a prática de tortura contra criança e adolescente (art. 233 do Estatuto). A polêmica se instaurou dado o fato dessa norma consagrar um “tipo penal aberto”, passível de complementação no que se refere à definição dos diversos meios de execução do delito de tortura. Neste sentido, entendeu o Supremo Tribunal Federal que os instrumentos internacionais de direitos humanos – em particular, a Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), a Convenção contra a Tortura, adotada pela Assembléia geral da ONU (1984), a Convenção Interamericana contra a Tortura, concluída em Cartagena (1985) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), formada no âmbito da OEA (1969) – permitem a integração da norma penal em aberto, a partir do reforço do universo conceitual relativo ao termo “tortura”. Note-se que apenas em 7 de abril de 1997 foi editada a Lei n. 9455, que define o crime de tortura.

Como essa decisão claramente demonstra, os instrumentos internacionais de direitos humanos podem integrar e complementar dispositivos normativos do Direito brasileiro, permitindo o reforço de direitos nacionalmente previstos – no caso, o direito de não ser submetido à tortura.²⁵

Porém, uma terceira hipótese ainda pode ocorrer, qual seja, a de a norma aduzida pelo tratado estar em conflito com norma interna. Como solucionar, portanto, eventual conflito entre a Constituição nacional e determinado tratado internacional de proteção aos direitos humanos?

Num primeiro momento, pode-se pensar que a solução está simplesmente na adoção do critério que define que a lei posterior revoga lei anterior com ela incompatível, levando-se em conta a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Todavia, em se tratando da peculiar matéria

²⁵ *Op. Cit.*, p. 52 e 53.

em pauta, o critério a ser adotado é o da escolha da norma mais benéfica à vítima titular do direito.

Tal critério é amparado tanto pelos próprios tratados internacionais quanto pela jurisprudência ou prática dos órgãos de supervisão internacionais; como interagem o Direito internacional e o Direito interno, ambos impulsionados pelas mesmas necessidades de proteção e tendo em vista a primazia da pessoa humana, prevalecem as normas que melhor protejam o indivíduo. Havendo então conflito entre a norma internacional e a norma interna, prevalece então aquela que melhor proteger o indivíduo, a pessoa humana. E os direitos internacionais provenientes de tratados de direitos humanos somente podem vir a aperfeiçoar ou fortalecer o grau de proteção dos direitos já consagrados no plano normativo constitucional, e nunca restringir ou prejudicar essa proteção. Conforme conclui Cançado Trindade:

[...] não se trata de primazia do direito internacional ou do direito interno, aqui em constante interação: a primazia é, no presente domínio, da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de direito internacional ou de direito interno.²⁶

Clássico é o exemplo da prisão do depositário infiel, exceção à proibição da prisão civil por dívidas, permitida pela Constituição de 1988 em seu artigo 5º, inciso LXVII. Ora, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 11, dispôs que: “ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”; por sua vez, o artigo 7º (7) da Convenção Americana igualmente estabeleceu a vedação da detenção por dívidas, mencionando ainda que tal princípio não limita os mandados judiciais expedidos por inadimplemento da prestação alimentícia. Ambos os instrumentos, para adequado esclarecimento, foram ratificados pelo Brasil em 1992, e reserva alguma foi feita quanto à matéria. Sendo assim, questiona-se a possibilidade

²⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional**: perspectivas brasileiras (Seminário de Brasília de 1991). Brasília/San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos/F. Naumann-Stiftung, 1992, p. 317-318.

jurídica da prisão do depositário infiel. Considerando-se o critério da adoção da norma mais favorável à vítima, prevalece, ao menos em tese, a norma do tratado.

No caso em tela, há conflito entre dois valores: a liberdade e a propriedade. O primeiro prevalece, de acordo com a normatividade internacional. Já em se tratando da pensão alimentícia, cuja prisão por inadimplemento ainda ocorre no País, há conflito entre os valores solidariedade e liberdade; e como, pelo menos teoricamente, a pensão alimentícia assegura a sobrevivência humana, prevalece o valor solidariedade sobre a liberdade, razão pela qual ainda admite-se a prisão civil do devedor de alimentos.

Chaïm Perelman, ao lecionar que o respeito pela dignidade humana fundamenta uma doutrina dos direitos humanos, bem lembra que os diferentes direitos humanos não se encontram hierarquizados nas declarações que os consagram. Diz o mencionado filósofo:

O respeito pela dignidade humana é considerado hoje um princípio geral de direito comum a todos os povos civilizados. Mas esse acordo geral só diz respeito a noções abstratas, cujo caráter vago, e mesmo confuso, aparecerá imediatamente quando se tratar de passar do acordo sobre o princípio para as aplicações particulares. Com efeito, como os diferentes direitos humanos não estão hierarquizados nas declarações que os enumeram, os textos não oferecem nenhuma solução para os inumeráveis conflitos que podem apresentar-se, tanto entre os diversos direitos humanos como entre estes e os direitos do Estado, das comunidades naturais e dos mais diversos agrupamentos.²⁷

Todavia, resta concluir, num primeiro momento, que os tratados internacionais de direitos humanos definitivamente podem contribuir para o fortalecimento da promoção desses mesmos direitos no Brasil. Porém, o sucesso da aplicação dos instrumentos internacionais de proteção exige significativa sensibilização dos operadores do Direito, no que se refere à defesa desses mesmos instrumentos perante instâncias nacionais e internacionais.

Foi a partir da Constituição de 1988 que a conjugação entre o direito interno e o internacional foi acentuada, tendo sido reforçada a sistemática de

²⁷ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 403.

proteção dos direitos fundamentais, de principiologia e lógica peculiares, que se fundam na primazia dos direitos humanos. Verificam-se os processos de internacionalização do Direito Constitucional e, ao mesmo tempo, de constitucionalização do Direito Internacional.

A Carta de 1988 inaugura um projeto humanista e democratizante, devendo, os operadores do Direito, transformar-se em agentes divulgadores de uma nova ordem, renovada, democrática e asseguradora dos direitos humanos, devendo ainda a prevalência desses mesmos direitos representar um novo paradigma no que diz respeito ao exercício profissional dos agentes jurídicos. Os atuantes do Direito, agora mais do que nunca, possuem o papel de recuperar o potencial ético e transformador do sistema jurídico, recriando seu exercício profissional a partir do novo paradigma de referência, qual seja, a prevalência dos direitos humanos. Para tanto, devem aplicar a Constituição e os mecanismos internacionais de proteção, que pela Carta foram incorporados, a esses direitos.

O papel transformador dos operadores do Direito e a atuação do Estado na concretização das normas definidoras e protetoras dos direitos humanos ainda serão temas abordados no terceiro capítulo do presente trabalho.

Por fim, cumpre mencionar que o Brasil passou a adotar os mecanismos internacionais de proteção com a ratificação, em 1989, da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. A partir dessa inauguração, vários outros instrumentos internacionais foram também ratificados pelo País, sob a luz da Constituição Federal de 1988. Conforme cita Flávia Piovesan, na já referida obra *Temas de direitos humanos*:

Assim, a partir da Carta de 1988 foram ratificados pelo Brasil: a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes, em 28 de setembro de 1989; c) a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; d) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; e) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; f) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; g) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995; h) o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996; i) o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996; j) o Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal

Internacional, em 20 de junho de 2002; e k) o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 28 de junho de 1992.²⁸

²⁸ *Op. Cit.*, p. 42.