

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**AS LIMITAÇÕES DAS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS  
HUMANOS FRENTE AO DIREITO INTERNO E A COMUNIDADE  
INTERNACIONAL**

Carla Roberta Ferreira Destro

Presidente Prudente/SP  
2003

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**AS LIMITAÇÕES DAS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS  
HUMANOS FRENTE AO DIREITO INTERNO E A COMUNIDADE  
INTERNACIONAL**

Carla Roberta Ferreira Destro

Monografia apresentada como requisito parcial de  
Conclusão de Curso para obtenção do grau de  
Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.  
Sérgio Tibiriçá Amaral

Presidente Prudente/SP  
2003

**AS LIMITAÇÕES DAS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS  
HUMANOS FRENTE AO DIREITO INTERNO E A COMUNIDADE  
INTERNACIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como  
requisito parcial para obtenção do Grau de  
Bacharel em Direito

Sérgio Tibiriçá Amaral  
Orientador

Edson Freitas de Oliveira  
1º Examinador

Luiz Alexandre de Ferreira Ramos  
2º Examinador

Presidente Prudente, 03 de dezembro de 2003.

“A soberania das nações alcança o espaço aéreo e o aquático, só não alcança o coração dos homens”.

“As normas jurídicas não são ainda capazes de mudar o ser humano, que, querendo ou não, permanece obedecendo suas origens culturais”.

Carlos Drummond de Andrade

## **AGRADECIMENTOS**

*Agradeço a Deus, que me acompanha e me abençoa durante minha caminhada, sempre me presenteando com oportunidades e tornando meus sonhos realidade.*

*Aos meus queridos pais, Carlos e Cecília, meus exemplos de amor, carinho, companheirismo e educação. Obrigada por estarem ao meu lado nos momentos que mais precisei. Sem a força de vocês seria muito difícil percorrer esse caminho chamado VIDA. Amo Vocês!*

*Aos meus irmãos, Rogério e Carol, minha cunhada Geslaine e meus sobrinhos, Guilherme e Gustavo, que muito colaboraram para que esse estudo se realizasse. Obrigada pela paciência nos momentos de cansaço e ausência.*

*Ao meu querido avô, Toninho, que através de seu vasto conhecimento e sua constante ânsia em buscar respostas para tudo, me auxiliou e muitas vezes me mostrou o caminho certo a seguir.*

*Àqueles que não poderiam faltar, meus amigos! Daniele, Giovana Giroto, Renata, Ricardo, Claudinha, Fabrício, Ricardo Cabrini, José Antônio, Giovana Crepaldi, Maria Cláudia, Lisiane e Mariana, a todos vocês, meu muito obrigada! Obrigada pelos momentos de risos, de companheirismo, de estudos, de festas... Onde eu estiver haverá um pouco de cada um de vocês!*

*Ao meu grande amigo e Orientador, Dr. Sérgio Tibiriçá, que sempre esteve ao meu lado na elaboração deste trabalho me indicando o melhor caminho a seguir. Seu apoio foi, sem dúvida alguma, um dos maiores colaboradores nesta grande vitória.*

*Aos meus amigos e também Examinadores Dr Edson e Dr. Luiz Alexandre. Obrigada por terem me acompanhado nessa jornada e por terem aceitado este árduo cargo. É uma grande honra ter como Examinadores dois grandes exemplos do que é advogar com sabedoria, honestidade e responsabilidade.*

*Ao querido Professor Sebastião Chammé, que partiu sem avisar, mas deixou em cada um de nós um pouquinho do seu grandioso conhecimento e de seu inacabável carinho. Obrigada por ter nos ensinado o caminho da pesquisa e do conhecimento científico. Sentirei saudades!*

*À todos meu muito obrigada! Obrigada por estarem ao meu lado nesta grande jornada e por estarem participando dessa grande vitória.*

*Amo todos vocês!*

*Carla Roberta Ferreira Destro*

## RESUMO

A presente monografia irá analisar o direito internacional, principalmente os direitos humanos, desde sua origem até os dias atuais, onde encontramos uma realidade chamada internacionalização dos direitos humanos. Esta realidade, por sua vez, surgiu com a ocorrência de grandes avanços internacionais, levando a uma maior preocupação das nações do mundo no que se refere às garantias individuais.

O principal objetivo deste trabalho será demonstrar que apesar desta importante evolução, muitos obstáculos ainda existem impedindo a total efetivação dos direitos humanos. Essa realidade será o ponto de maior análise, levando-se em consideração a grande influência dos costumes, da religião e do direito interno dos Estados na aplicabilidade das normas internacionais de direitos humanos.

Será preocupação desta pesquisa demonstrar também o papel das entidades internacionais, precipuamente a Organização das Nações Unidas, principalmente no que se refere à efetivação dos direitos humanos e às formas internacionais para obrigar os Estados a respeitar os direitos internacionais, dando enfoque à criação do Tribunal Penal Internacional, que se mostra a última alternativa internacional para a solução da problemática apresentada.

Palavras – chave: direitos humanos; direito internacional; Organização das Nações Unidas; Tribunal Penal Internacional; efetivação; direito interno.

## ABSTRACT

The present monograph will go to analyze the international law, mainly the human rights, since its origin until the current days, where we find a reality called internationalization the human rights. This reality, in turn, appeared with the occurrence of great international advances, leading to a bigger concern of the nations of the world as for the individual guarantees.

The main objective of this work will be to demonstrate that despite this important evolution, many obstacles still exist hindering the total efetivação them right human beings. This reality will be the point of bigger analysis, taking itself in consideration the great influence of the customs, the religion and the domestic law of the States in the applicability of the international norms of human rights.

It will be concern of this research to also demonstrate the paper of the international entities, precipuamente the Organization of the Joined Nations, mainly in that if it relates to the efetivação of the human rights and to the international forms to compel the States to respect the international laws, giving approach to the creation of International the Criminal Court, who if shows the last international alternative for the presented solution of the problematic one.

Key words: human rights; international law; Organization of the United Nations; International Criminal Court; efetivation; internal law.

## SUMÁRIO

<b>1.</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>2.</b>	<b>TRATADOS INTERNACIONAIS.....</b>	<b>14</b>
<b>2.1.</b>	<b>EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....</b>	<b>14</b>
<b>2.2.</b>	<b>ASPECTOS GERAIS .....</b>	<b>16</b>
2.2.1.	Conceito .....	16
2.2.2.	Terminologia.....	17
2.2.3.	Classificação .....	17
2.2.4.	Forma .....	19
2.2.5.	Condições de Validade.....	20
2.2.6.	Estrutura do Tratado.....	22
2.2.7.	Procedimento para Conclusão dos Tratados.....	22
2.2.8.	O Idioma utilizado nos Tratados Internacionais.....	23
2.2.9	Suspensão e Extinção dos Tratados Internacionais.....	24
<b>3.</b>	<b>TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>29</b>
<b>3.1.</b>	<b>CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>29</b>
<b>3.2.</b>	<b>EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....</b>	<b>32</b>
3.2.1.	Introdução.....	32
3.2.2.	A Baixa Idade Média.....	33
3.2.3.	O Século XVII .....	34
3.2.4.	A Independência Americana e a Revolução Francesa.....	35
3.2.5.	O Reconhecimento dos Direitos Sociais e Econômicos .....	36
<b>3.3.</b>	<b>A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>37</b>
3.3.1.	O Pós Segunda Guerra Mundial .....	39
3.3.2.	Uma Breve Análise da Declaração Universal dos Direitos Humanos.....	40
3.3.3.	O Pacto de São José da Costa Rica .....	41
<b>3.4.</b>	<b>AS CARACTERÍSTICAS E OS PRINCÍPIOS BASILARES DOS DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>42</b>
<b>4.</b>	<b>TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL</b>	<b>45</b>

<b>4.1.</b>	<b>SISTEMÁTICA PARA ENTRAREM EM VIGOR NO BRASIL .....</b>	<b>45</b>
4.1.1.	Competência .....	45
4.1.2.	Procedimento .....	47
4.1.3.	A Posição Hierárquica do Tratado Internacional na Legislação Brasileira 49	
4.1.3.1.	As Teorias que Analisam a Relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno .....	49
4.1.3.2.	O Posicionamento do Supremo Tribunal Federal e as Correntes Divergentes .....	52
<b>4.2.</b>	<b>A POSSIBILIDADE DE RESSALVAS NO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>54</b>
4.2.1.	Conceito .....	54
4.2.2.	Momento para sua Ocorrência .....	55
4.2.3.	Condições de Validade.....	55
4.2.4.	Características das Reservas.....	57
4.2.5.	Proibições.....	57
4.2.6.	As Reservas no Âmbito Interno .....	57
4.2.7.	As Reservas e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.....	58
<b>4.3.</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>59</b>
<b>5.</b>	<b>TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A COMUNIDADE INTERNACIONAL .....</b>	<b>62</b>
<b>5.1.</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>62</b>
<b>5.2.</b>	<b>TEORIAS: RELATIVISMO CULTURAL VERSUS UNIVERSALISMO ....</b>	<b>63</b>
<b>5.3.</b>	<b>O PAPEL DA ONU E DAS DEMAIS ENTIDADES INTERNACIONAIS...</b>	<b>65</b>
<b>5.4.</b>	<b>O SURGIMENTO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E SUA EFICÁCIA.....</b>	<b>70</b>
5.4.1.	O Tribunal de Nuremberg.....	70
5.4.2.	O Tribunal Penal Internaciona.....	71
5.4.3.	O Procedimento no TPI .....	75
5.4.4.	Análise Final .....	77
<b>6.</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>78</b>

**7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....80**

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa demonstrar o quadro internacional atual, trazendo um enfoque maior à questão da efetivação das normas internacionais de direitos humanos.

Após a Segunda Guerra Mundial, onde milhões de seres humanos foram massacrados, surgiu a preocupação de se criar normas internacionais de proteção aos direitos humanos. Para tanto, criou-se em 1945 a Organização das Nações Unidas (ONU), que adotou como norma principal a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). A partir desse contexto histórico, os direitos humanos passaram a ser um referencial ético, ou seja, todos os países deveriam respeitá-los e colocá-los em prática.

Assim, todo ser humano passou a ser considerado sujeito de direitos, direitos estes declarados internamente e internacionalmente. Acontece, que não basta ser sujeito, é preciso que se tenha efetividade de tais direitos. Porém, como efetivar tais direitos se os próprios países recusam-se a aplicá-los?

A justificativa comum utilizada pelos Estados que se recusam a obedecer ao disposto internacionalmente é a de que as normas internacionais são incompatíveis com a realidade interna do país. Estes Estados aceitam ratificar os tratados internacionais, até porque, na maioria das vezes, são membros da ONU, mas se negam a colocá-los em prática, afirmando que determinado costume ou determinada exigência religiosa acontece entre seu povo durante séculos e que não é possível uma alteração por força de normas externas. Toda essa problemática configura um descumprimento explícito das normas internacionais.

Não bastasse a resistência religiosa e política de alguns países, existem ainda os problemas técnicos que surgem quando há a confrontação da norma interna com a norma internacional, problemas que acabam por inviabilizar na prática a aplicação das normas internacionais de direitos humanos. É o que acontece no Brasil, onde as normas internacionais adentram no ordenamento

interno como norma ordinária, passível de revogação a qualquer tempo por norma posterior. Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, apesar de doutrinadores defenderem que os tratados internacionais de direitos humanos possuem caráter constitucional, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 5/10/88.

Para tentar melhorar esse quadro, a própria ONU acabou por criar órgãos internacionais capazes de efetivar, pelo menos em parte, os direitos humanos. Além destes, a Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas criou em 1988 o chamado Tribunal Penal Internacional, responsável em julgar crimes contra a humanidade. Todas essas entidades estrangeiras surgiram com o objetivo de viabilizar as normas internacionais.

O escopo principal deste trabalho está em demonstrar que apesar de todas as tentativas internacionais em se efetivar as normas alienígenas de proteção aos direitos humanos, essa realidade ainda demorará em se estabelecer. O Direito Internacional padece da falta de um organismo, capaz de agir acima de qualquer soberania, obrigando-as a praticar as disposições internacionais sob pena de sofrer punições reais e severas. A sanção se mostra o único meio para obrigar os Estados a respeitar os direitos humanos.

## 2. OS TRATADOS INTERNACIONAIS

### 2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Os tratados surgiram com a finalidade de retratar, de maneira solene, relações de paz e de guerra entre determinados Estados. Os primeiros tratados são datados do surgimento das primeiras civilizações humanas, muitos deles gravados em pedra ou em lâminas de metais como o ouro e a prata. Tal prática tinha a finalidade de perpetuar no tempo aquilo que havia sido pactuado pelas partes.

Há quem entenda, porém, que tais acordos não poderiam ainda ser considerados tratados, já que o poder não estava sob o domínio de um governante que pudesse limitá-lo ou controlá-lo. Não se conhecia ainda a idéia de que era preciso um ordenamento jurídico para regular o relacionamento dos indivíduos dentro de determinado território. Os acordos poderiam até ocorrer, mas não havia como efetivá-los na prática, eram de caráter puramente moral.

Grande parte da doutrina aponta como sendo o primeiro tratado internacional da história o **Tratado de Paz** firmado entre Hatusil III, rei dos hititas e Ramsés II, faraó de 19ª Dinastia do Egito, entre os anos de 1280 e 1272 a.C. Tal tratado tinha por finalidade dispor sobre a paz perpétua entre os dois reinos, aliança contra inimigos comuns, comércio, migrações e até extradição de prisioneiros.

*“(...) Revela observar o bom augúrio que esse antiqüíssimo pacto devera, quem sabe, ter projetado sobre a trilha do direito internacional convencional: as disposições do tratado egípto-hitita parecem haver-se cumprido à risca, marcando seguidas décadas de paz e efetiva cooperação entre os dois povos; e assinalando-se, na história do Egito, a partir desse ponto da XIXª Dinastia, certo refinamento de costumes, com projeção no próprio uso do idioma, à conta da influência hitita. As duas grandes civilizações entrariam, mais tarde, em processo de decadência, sem que haja notícia de uma quebra sensível do compromisso”. (REZEK, 2000, p. 11).*

Como é possível observar, o respeito mútuo àquilo que foi pactuado entre as partes já era um dos princípios norteadores do tratado internacional naquela época e foi, como descrito acima, devidamente respeitado. Sem dúvida alguma o compromisso de se respeitar e cumprir o pactuado é a obrigação mais importante das partes envolvidas no tratado. Se não há cumprimento, não há porque existir tal acordo entre as partes.

Após o grande marco histórico representado pelo tratado egípcio-hitita outro grande momento precisa ser analisado. Trata-se do **Tratado de Vestfália**, firmado em 1648. Teve por finalidade marcar o fim da Guerra dos Trinta Anos, conflito religioso envolvendo católicos e protestantes, considerado a primeira grande guerra europeia. Dois tratados foram assinados: um na cidade de Münster (entre príncipes católicos) e outro na cidade de Osnabrück (entre príncipes protestantes).

*“(...) a regra de Vestfália nada mais quer significar do que: na região (leia-se território) sob o império de um príncipe, esteja vigente unicamente uma ordem jurídica, sua ordem jurídica”. (SOARES, 2002, P. 29).*

Trata-se do surgimento da idéia de que cada Estado possui seu ordenamento jurídico, que deve ser respeitado pelos demais. É o que chamamos hoje de **soberania**, ou seja, o “... *atributo do poder do Estado que o torna independente no plano interno e interdependente no plano externo*” (ACQUAVIVA, 1994, p. 41). É, assim, elemento essencial ao Estado, de modo que não há Estado sem soberania.

Os tratados tornaram-se ainda mais importantes e abundantes depois das duas grandes guerras mundiais. O total desrespeito ao ser humano, os massacres em massa, a destruição das cidades e outros acontecimentos criaram uma preocupação internacional em se declarar e se manter a paz e garantir os direitos coletivos e individuais dos homens.

## 2.2. ASPECTOS GERAIS

### 2.2.1. Conceito

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) em seu art. 2º, “a” traz a definição tradicional de tratado como sendo “... *um acordo internacional celebrado por escrito entre os 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*”.

Na atualidade, entretanto, o tratado pode ser definido como sendo “*todo ato formal concluído entre sujeitos de direito internacional, e destinado a produzir efeitos jurídicos*” (REZEK, 2000, p. 14).

Aparentemente os conceitos acima citados são semelhantes. Porém, há uma diferença muito importante entre eles: a modificação dos legitimados a firmar tratados. A Convenção de Viena de 1969 outorgava apenas aos Estados soberanos o direito de celebrar tratados internacionais. Assim, era preciso que o Estado tivesse um ordenamento jurídico organizado, que deveria ser aplicado a determinado povo em determinado território. Além disso, o poder de governar deveria ser oponível a qualquer outro Estado, de modo que em seu território valesse aquilo por ele ordenado não cabendo nenhum tipo de intervenção interna ou externa. Acontece, que tal realidade sofreu alterações devido à crescente atuação estrangeira de Organizações Mundiais e outras entidades internacionais que, obviamente, não são Estados soberanos, mas hoje já são considerados sujeitos legítimos para firmar tratados.

*“As Convenções de Viena de 1969 e de 1986 tiveram o grande mérito de estabelecer que o direito de firmar tratados deixou de ser atributo exclusivo dos Estados e pode ser exercido também pelas demais pessoas internacionais, sendo que em 1986 ficou ainda esclarecido que tal direito pode ser exercido por sujeitos de direito internacional que não os Estados e organizações internacionais,*

*havendo, por exemplo, o direito da Cruz Vermelha Internacional neste particular sido lembrado em mais de uma oportunidade”. (grifo nosso) (SILVA E ACCIOLY, 2002, P. 29).*

### 2.2.2. Terminologia

A terminologia “*tratado*” é uma expressão genérica, podendo receber várias outras denominações como acordo, pacto, convenção, protocolo, etc, conforme seu objeto ou sua finalidade.

*“Na verdade, a denominação dos tratados internacionais é irrelevante para determinação de seus efeitos ou de sua eficácia. A prática tem demonstrado que os Estados não atribuem qualquer consequência jurídica a tal ou qual denominação dos atos bilaterais ou multilaterais internacionais” (SOARES, 2002, p. 59).*

A terminologia “*concordata*” é a única que possui significado singular no âmbito internacional: refere-se ao tratado bilateral em que uma das partes obrigatoriamente figura a Santa Sé, e que tem como objetivo a regulamentação da prática religiosa católica em determinado Estado.

### 2.2.3. Classificação

Os tratados internacionais podem ser classificados com base em alguns critérios, vejamos os mais importantes:

a) **de acordo com o número de contratantes:** poderá ser *bilateral*, quando celebrado entre duas partes ou *multilateral*, quando celebrado por numerosas partes.

b) **de acordo com a natureza jurídica do ato:** poderá ser *tratado-contrato*, que visam regular interesses recíprocos dos Estados, sendo assim geralmente bilaterais e, o *tratado-lei ou tratado-normativo*, geralmente celebrados

entre muitos Estados regulando matéria de ordem internacional. Os *tratados-contratos* poderão ser *executados (transitórios, de efeitos limitados) ou executórios (permanentes, de efeitos sucessivos)*. Os primeiros devem ser executados desde logo e possuem a característica de dispor sobre a matéria nele tratada permanentemente. Os outros já tratam de atos que deverão ser praticados regularmente, sem urgência, sempre que houver necessidade de sua aplicação.

c) **de acordo com a matéria tratada:** podem variar infinitamente, sendo mais comuns os tratados de paz, de comércio, de extradição, de direitos humanos, etc.

d) **de acordo com o modo em que entram em vigor:** poderá ser o *tratado em devida forma* que depende da troca de instrumentos, da ratificação e de outros atos solenes posteriores à sua assinatura pelos signatários ou o *tratado em forma simplificada* (também chamado de *unifásico*), que entram em vigor a partir da assinatura ou de determinado momento previsto no tratado, independente de outros atos formais.

e) **de acordo com a sua execução no tempo:** poderão ser *transitórios*, cuja execução se dá num só momento e criam situações jurídicas estáticas, como uma demarcação de fronteira, por exemplo; *permanentes*, onde execução se protraí no tempo, como os tratados de direitos humanos; *mutualizáveis*, aqueles onde o descumprimento de uma das partes não prejudica a execução do tratado como um todo; e, *não-mutualizáveis*, cuja inexecução por parte de um Estado pactuante acarreta a inexecução do tratado para todos os demais.

É importante que se analise os tratados *permanentes* de forma mais detalhada, já que os tratados internacionais de maior relevância possuem essa característica. Dizer que um tratado é permanente equivale ao fato de se declarar que este é eterno, até que a vontade comum das partes declare o contrário.

Trata-se de uma norma internacional fundamentadora, que baseia a prática de todos os atos nele expressos. É o norte de todas as práticas internacionais dos países que a ele aderiram.

f) **De acordo com a execução no espaço:** trata-se do alcance espacial do tratado. Em regra, os tratados deverão ser aplicados em *todo o território* pertencente ao Estado pactuante. Poderá ocorrer, excepcionalmente, a assinatura de tratado com execução apenas *em parte do território*.

*“Aos tratados da primeira espécie – não aos da segunda – refere-se o art. 29 da Convenção de Viena, assim concebido:*

*‘Aplicação territorial dos tratados.*

*A menos que uma intenção diferente resulte do tratado, ou seja de outro modo estabelecida, um tratado obriga cada uma das partes em relação a todo o seu território’.*

*A intenção diferente a que se refere o texto de Viena esteve consubstanciada, inúmeras vezes, na chamada “cláusula colonial”, com que potências do hemisfério norte deixaram expressa a inaplicabilidade, aos seus territórios de ultramar, de tratados geralmente afetos ao progresso social, a benefícios de ordem econômica, à garantia de direitos individuais. A limitação do alcance territorial pode, entretanto, dever-se a razões somente técnicas (...) como sucede com o Tratado de Cooperação Amazônica, celebrado entre Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname e Venezuela:*

*‘O presente Tratado se aplicará nos territórios das partes contratantes na Bacia Amazônica, assim como, também, em qualquer território de uma parte contratante que, pelas suas características geográficas, ecológicas ou econômicas, se considere estreitamente vinculado à mesma’” (REZEK, 2000, p. 32-33).*

#### 2.2.4 Forma

Uma das características mais importantes do tratado internacional é a sua formalidade, de modo que desrespeitada, pode levar a anulação do ato. Nas palavras de REZEK (2000, p. 16):

*“O tratado é um acordo formal: ele se exprime com precisão, em determinado momento histórico, e seu teor tem contornos bem definidos. (...) Essa formalidade implica, por outro lado, a escritura. O tratado internacional não prescinde da forma escrita, do feitiço documental (...).”*

Além da escrita o tratado precisa também estar efetivamente concluído, ou seja, é preciso que todas as negociações entre as partes já tenham se exaurido, de modo que o tratado esteja pronto para entrar em vigor.

### 2.2.5. Condições de Validade

Para ter validade os requisitos exigidos na elaboração do tratado vão além da formalidade. São eles:

a) **capacidade das partes contratantes** – para ser válido o tratado precisa ter como partes Estados soberanos ou organizações internacionais. Se uma das partes não for capaz para firmar tratado este conseqüentemente jamais ocorrerá.

Segundo o doutrinador MELLO (1997, p. 193):

*“Esta capacidade de concluir tratados é reconhecida aos Estados soberanos, às organizações internacionais, aos beligerantes, à Santa Sé e a outros entes internacionais”.*

b) **habilitação dos agentes signatários** – o Estado deverá ser representado internacionalmente por um indivíduo que agirá em seu nome. São os Chefes de Estado ou Governo, com competência originária, e os Ministros de Relações Exteriores, que agem como plenipotenciários (mandatários), precisando apresentar uma *carta de plenos poderes*, assinada pelo Chefe de Estado, para agir de maneira válida internacionalmente.

A carta de plenos poderes surgiu com a intensificação das relações internacionais, já que os chefes de Estado ficaram impossibilitados de participar pessoalmente de todas as negociações internacionais, bem como de assinar todos os tratados. Além disso, a assinatura realizada por um terceiro dá a

possibilidade do Estado analisar posteriormente, em seu país, aquilo que foi negociado. Se lhe for realmente conveniente basta ratificar o que foi negociado, o que não é possível quando a assinatura é realizada pelo próprio chefe de Estado.

A ausência de capacidade não gera efeitos legais, salvo se tal ato for ratificado pelo Estado a qual o representante pertence.

c) **consentimento mútuo** – o tratado nada mais é que um acordo de vontades, de modo que para ter validade precisa ser aceito por todas as partes envolvidas voluntariamente. Nos tratados multilaterais essa validade depende da aceitação de pelo menos dois terços dos Estados presentes e votantes. Se ocorrer de algum representante internacional ser vítima de vício em seu consentimento (coação, ameaça, corrupção, etc), poderá o Estado por ele representado deixar de ratificar o tratado ou contestar sua validade.

d) **objeto lícito e possível** – o tratado deverá versar sobre assunto lícito e possível perante o direito e a moral. Um dos parâmetros internacionais mais utilizados é a Carta da ONU, que traçar normas de ética gerais para todos os Estados.

Cabe salientar que o tratado válido só produzirá efeitos entre os Estados pactuantes em virtude do princípio "*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*" ("os tratados não beneficiam nem prejudicam terceiros").

Poderá acontecer, porém, de um tratado produzir efeitos à terceiros Estados, como nos casos de tratados que versam sobre questões territoriais. Outra possibilidade trazida pelo jurista MELLO é o fato de um tratado vir a se tornar norma costumeira internacionalmente, como consequência, praticável por todos os Estados.

### 2.2.6. Estrutura do Tratado

O tratado possui sempre um *preâmbulo*, no qual é possível analisar as partes envolvidas no pacto, os motivos e as circunstâncias no qual se baseia, o objetivo de tal tratado e, por fim, a melhor forma de interpretá-lo.

O preâmbulo vem seguido da chamada *parte dispositiva*. Esta se apresenta com uma linguagem jurídica, organizada em artigos ou em cláusulas. É a parte vinculante, legal, do tratado internacional.

Poderá ainda o tratado conter os chamados *anexos*, que nada mais são do que parte do dispositivo, apresentados muitas vezes em gráficos, fórmulas numéricas, listas, ilustrações, etc. São colocados em separado por não corresponderem à estética jurídica da linguagem utilizada no tratado.

### 2.2.7. Procedimento para Conclusão dos Tratados

A elaboração do tratado passa por várias fases. É importante que se analise cada uma dessas etapas, afinal, o desrespeito a uma delas pode impedir que se conclua validamente aquilo que está sendo pactuado.

O tratado se inicia com uma etapa chamada *negociação*. Nos tratados bilaterais geralmente há o convite de um dos países envolvidos para que ocorra em seu território, na sua capital nacional. Poderá acontecer, entretanto, a chamada negociação em território neutro, ou seja, em território de Estado que não é parte no tratado, como nos casos em que há desconfiança ou mau relacionamento entre os Estados pactuantes. Já nos multilaterais, a negociação ocorre em congressos ou conferências internacionais.

A fase da negociação se encerra com a elaboração do texto final do tratado. Este deverá ser aprovado integralmente pelas duas partes, nos bilaterais, e, por pelo menos dois terços dos presentes nos multilaterais (art. 9º, Convenção de Viena).

A outra fase que se segue é a *assinatura* do tratado. Essa fase simboliza o início do prazo para a troca de instrumento de ratificação entre os Estados pactuantes, onde o conteúdo do tratado será novamente analisado pelas partes para que não ocorram erros. Trata-se de um ato de autenticação.

A fase posterior é a da *ratificação*, ou seja, o momento em que o estado demonstra internacionalmente sua vontade de vincular-se àquilo proposto no tratado. Simboliza o consentimento e a aprovação do Estado do ato praticado pelo seu representante internacional. Cabe lembrar, que nenhum Estado está obrigado a ratificar o tratado, mesmo que tenha participado de sua elaboração, é ato discricionário do Estado.

Uma vez ocorrida a ratificação, tal ato passa a ser considerado irretratável por força do princípio *pacta sunt servanda*.

Por fim, ocorre o *registro* do tratado, que consiste no ato de dar publicidade ao que foi pactuado entre os Estados. O registro é feito perante o Secretário Geral da ONU, que emite um *Certificado de Registro*, que dará validade internacional ao tratado (art. 102, Carta das Nações Unidas).

#### **2.2.8. O Idioma utilizado nos Tratados Internacionais**

Houve época em que a língua utilizada na elaboração dos tratados era o latim, posteriormente, o francês, que eram considerados idiomas universais pelo menos no âmbito internacional. Hoje, os idiomas reconhecidos como oficiais são:

o inglês, o francês, o espanhol, o russo, o chinês e o árabe. Porém, o idioma utilizado na elaboração do tratado pode variar de acordo com a forma de negociação e a quantidade de partes negociantes.

Na chamada **negociação bilateral**, onde há envolvimento de apenas dois Estados na negociação, se as partes possuírem o mesmo idioma ou forem países plurilíngües (onde pelo menos um dos idiomas coincide com o da outra parte), será este o utilizado na elaboração do texto do tratado. Ocorrendo de as partes possuírem idiomas diversos, a negociação ocorrerá na linguagem mais cômoda para as partes, podendo ser inclusive um terceiro idioma. O texto do tratado poderá ser: lavrado em uma única versão, escolhida pelas partes; lavrado em duas versões idênticas, uma no idioma de cada parte; lavrado em mais de duas versões, sendo uma no idioma de cada parte e a terceira no idioma por eles escolhido; e, por fim, lavrado em duas ou mais versões, mas concedendo privilégio internacional a apenas uma delas.

Nas **negociações coletivas ou multilaterais** ocorre, como regra, a formação de uma conferência diplomática responsável pela elaboração do tratado. Assim sendo, o idioma utilizado nas negociações será aquele escolhido por esta conferência. Geralmente utiliza-se um idioma reconhecido por todos os países em negociação, sendo muito comum o francês e o inglês.

### **2.2.9. Suspensão e Extinção dos Tratados Internacionais**

São várias as hipóteses de suspensão e extinção dos tratados internacionais. Aqui trataremos das hipóteses mais importantes e conhecidas.

a) **Ab-rogação** – poderá ocorrer em duas hipóteses: quando há previsão expressa no tratado, situação em que não haverá necessidade da expressão de vontade das partes pactuantes, pois ao assinarem o tratado já concordaram com todas as suas cláusulas, inclusive no que se refere a

suspensão; e, por vontade das partes, onde é necessária a concordância de todas as partes pactuantes.

b) **Expiração do prazo pactuado** – hipótese em que o próprio tratado prevê o momento (termo final) de sua extinção.

c) **Execução integral do tratado** – poderá o tratado prever que, executados todos os seus termos, estará encerrada a sua vigência. A extinção ocorre porque todos os atos previstos no tratado já foram realizados, não havendo mais necessidade deste continuar em vigência.

d) **Ocorrência de tratado posterior** – as partes decidem elaborar novo tratado, extinguindo o existente anteriormente. É preciso que as partes do novo tratado sejam exatamente as mesmas do tratado anterior.

e) **Condição resolutiva** – trata-se da ocorrência de evento futuro e incerto. O tratado internacional poderá prever expressamente em seu texto que a ocorrência de determinada condição o extinga automaticamente. O professor MAZZUOLI (2001, p. 106) cita um exemplo dessas condições:

*“(...) ocorre quando, nos tratados multilaterais, houver redução do número de partes que o integram. É o que se encontra, por exemplo, no art. 8º, § 2º, da Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, nestes termos: “A presente Convenção deixará de vigorar a partir da data em que surtir efeito a denúncia que reduza a menos de seis o número de partes””.*

f) **Denúncia dos tratados** – a denúncia ocorre quando um dos Estados pactuantes, unilateralmente, exprime sua vontade de deixar de ser parte no tratado internacional. A denúncia extingue o tratado bilateral. Já nos tratados multilaterais, os efeitos da denúncia surgem apenas para o Estado que a realizou, ou seja, o tratado deixa de produzir efeitos para ele. Neste último caso, a denúncia deverá respeitar o mesmo procedimento da ratificação. Assim, a carta de denúncia deverá ser enviada ao depositário (poderá ser um dos Estados

partes do tratado, uma organização internacional, ou até um Estado não parte, indicado pelos pactuantes), que comunicará os demais Estados. Caberá retratação do Estado denunciante, salvo se a denúncia já começou a produzir efeitos legais. Neste caso, poderá o Estado denunciante voltar a ser parte no tratado através de nova adesão.

É importante ressaltar, que a denúncia só poderá ocorrer se houver cláusula expressa no tratado que a permita. Nas hipóteses em que não há essa previsão expressa, MAZZUOLI (2001, p. 107), ao analisar os ensinamentos da doutrinadora CALSING, afirma que neste caso só será possível a denúncia se houver a concordância tácita dos demais Estados pactuantes, e a natureza do tratado permitir. Este é, por sinal, o entendimento preconizado no art. 56, § 1º, da Convenção de Viena:

*“Art. 56. (...) Um tratado que não contém disposição sobre sua terminação e não prevê a denúncia ou retirada do mesmo não pode ser objeto de denúncia ou retirada, a não ser que:*

- a) fique estabelecido que as partes tiveram a intenção de admitir a possibilidade da denúncia ou retirada; ou*
- b) o direito de denúncia ou retirada possa ser inferido da natureza do tratado”.*

**g) Impossibilidade superveniente e mudança fundamental das circunstâncias** – trata-se da hipótese em que uma das partes fica impossibilitada de cumprir o que foi pactuado (art. 61, da Convenção de Viena). Essa impossibilidade, entretanto, precisa resultar da destruição ou do desaparecimento definitivo de um objeto indispensável ao cumprimento do tratado.

Poderá ocorrer também a extinção do tratado no caso de mudança fundamental de circunstâncias (art. 62, da Convenção de Viena). Trata-se da ocorrência de um fato que à época da elaboração do tratado não era previsto. Como regra, esse tipo de acontecimento não leva à extinção do tratado. Porém, em duas hipóteses isso é possível: 1) a existência dessa circunstância tenha se constituído uma condição essencial ao consentimento das partes; e 2) se a

mudança alterar radicalmente o alcance das obrigações ainda existentes no tratado.

Como é possível notar, os arts. 61 e 62 trazem uma exceção à cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, os contratos devem ser cumpridos pelas partes, como se fosse lei, salvo, nas hipóteses excepcionais previstas nos artigos acima citados.

h) **Violação do tratado** – trata-se da hipótese em que uma das partes pactuantes deixa de cumprir disposição do tratado. A violação não extingue de imediato o tratado, apenas dá à parte prejudicada o direito de fazê-lo. Os efeitos nos tratados bilaterais diferem daqueles do tratado multilateral. No primeiro, a parte prejudicada passa a ter o direito de extinguir o tratado totalmente ou parcialmente. Já nos multilaterais, as partes prejudicadas, por consentimento unânime, podem optar pela suspensão do tratado, no todo ou em parte. Poderá ocorrer, ainda neste caso, que uma das partes tenha sido mais prejudicada que as demais, situação em que poderá suspender a execução do tratado entre ela e a parte que cometeu a violação.

A violação deverá ser considerada grave, entendendo-se como esta as condutas expressamente reprimidas pela Convenção de Viena, capazes de alterar o objeto e a finalidade do tratado.

i) **O estado de guerra** – alguns tratados trazem como cláusula de suspensão ou extinção a ocorrência de guerra. Como regra, nos tratados multilaterais, a guerra só traz efeitos se as partes inimigas forem partes deles, situação em que o tratado deixará de produzir efeitos entre os inimigos, mas continuará em vigência para os demais celebrantes. Já nos tratados bilaterais, a suspensão ocorrerá sempre que as partes forem inimigas em combate.

Cabe lembrar, que alguns tratados não sofrem alterações com a declaração de guerra, como os tratados realizados exatamente para agir neste período e os tratados comerciais.

Uma observação importante com relação à extinção e à suspensão dos tratados internacionais diz respeito àqueles que disciplinam a **proteção humanitária**. Neste caso não se aplicam as regras acima elencadas. Esses tratados não podem ser suspensos ou extintos devido a sua finalidade.

### 3. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

#### 3.1. CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS

A expressão “*ser humano*” é recente na história. Na antiguidade os grupos tratavam-se pela expressão “homem” somente para que se diferenciassem dos outros animais. Não havia nesta expressão todo o conteúdo complexo conhecido hoje, como a idéia de que todo homem é sujeito de direitos, que devem ser assegurados e respeitados perante todos os seus iguais. Toda essa complexidade surgiu e evoluiu com a própria humanidade e veio a consolidar-se muito tempo depois.

O povo pioneiro no estudo e na aplicação do direito escrito foram sem dúvida alguma os gregos. A norma escrita foi introduzida na cidade grega Atenas como forma de se defender as liberdades dos cidadãos. É claro, que nem todas as pessoas eram consideradas cidadãos, bem como nem todas as liberdades eram protegidas, tratava-se do início da proteção aos direitos mínimos dos cidadãos. A idéia defendida pelos filósofos gregos era a de que não bastava ser homem, era preciso ser livre para escolher o que fazer de sua vida, de modo que essa prática não fosse impedida por nenhum outro homem e, automaticamente, não ferisse o direito alheio. Era o início da idéia de que o direito à liberdade limitasse no direito do outro, ou seja, era preciso que houvesse uma reciprocidade.

COMPARATO (1999) cita a escrita do filósofo Eurípedes na peça “*As Suplicantes*” para demonstrar a importância da norma escrita: “*uma vez escritas as leis, o fraco e o rico gozam de um direito igual*”.

Juntamente com a norma escrita surgiu também na Grécia a idéia de que existiam normas universais, não-escritas, que constituíam direitos de todos os homens independente da vontade de qualquer governante ou da sua localização territorial.

Esta idéia foi apresentada pelo filósofo Sófocles em sua obra “*Antígona*”, uma tragédia grega apresentada aproximadamente em 441 a. C, que contava a história da disputa do poder político em uma cidade chamada Tebas. Em uma das batalhas os dois irmãos de Antígona, Etéocles e Polínices, que disputavam entre si o trono, acabaram morrendo (um irmão acabou por matar o outro). Creonte, um tio de Antígona assumiu o trono e ordenou que seu sobrinho Etéocles, que lutava em seu lado, fosse enterrado com todas as honras fúnebres cabíveis aos heróis. Ordenou ainda, que Polínices, traidor, fosse condenado a permanecer onde havia morrido sem direito a uma cerimônia fúnebre de sua família. Seu destino seria o de se tornar uma alma penada, sem direito de ir para a morada dos mortos.

É muito importante lembrar que para os gregos essa era a pior punição existente para um cidadão grego. Não ser enterrado por sua família significava não ter paz por toda a eternidade. E foi por este motivo que Antígona, contrariando as ordens de seu tio, realizou a cerimônia fúnebre escondida, na calada da noite. Acabou por ser capturada pelos soldados de seu tio e levada à julgamento perante ele. A defesa por ela utilizada foi a de que nenhuma lei humana poderia detê-la de dar a seu irmão uma sepultura, já que isso foi lhe ensinado por seus parentes ancestrais em respeito às ordens dos deuses. Veja a fala de Antígona:

*“Sim, pois não foi Zeus que a proclamou (a “lei” de Creonte)! Não foi a Justiça, sentada junto aos deuses infernais; não, essas não são leis que eles tenham algum dia prescrito aos homens, e eu não imaginava que as tuas proibições pessoais fossem assaz poderosas para permitir a um mortal descumprir aquelas outras leis, não escritas, inabaláveis, as leis divinas! Estas não datam nem de hoje nem de ontem, e ninguém sabe o dia em que foram promulgadas. Poderia eu, por temor de alguém, qualquer que ele fosse, expor-me à vingança de tais leis?”* (versos 450-460) (COMPARATO, 1999, p. 13).

Apesar de toda sua luta, Antígona foi condenada a ser enterrada viva, e acabou por se matar.

Após a obra de Sófocles, os filósofos da época começaram a analisar a existência de direitos não escritos. Aristóteles, por exemplo, aprimorou tal idéia defendendo que tais direitos não eram de natureza religiosa, mas que advinham da própria natureza humana. Assim sendo, não importava o território onde o homem estava, por ser de sua natureza, onde há o homem há os direitos naturais, afinal, todos os homens são iguais.

Sendo resultado da própria natureza humana, tais direitos possuem uma peculiaridade: evoluem e se modificam com o homem. Nas palavras de COMPARATO (1999, p. 24-25): *“(...) a pessoa humana é, ao mesmo tempo, o legislador universal, em função dos valores éticos que aprecia, e o sujeito que se submete voluntariamente a essas normas valorativas”*.

Com o crescimento das religiões o princípio da igualdade também sofreu um fortalecimento, já que a base principal das religiões era a de que todos eram irmãos, independente da origem. Assim, mais uma vez declarava-se a idéia de que todos os homens eram iguais, possuidores de direitos resultantes de sua própria natureza e independentes da vontade política.

O pensador KANT trouxe mais tarde uma observação importante com relação a essa igualdade. Segundo ele, todos os homens possuíam também sua individualidade, trazida por sua cultura ou por sua crença, de tal sorte que as leis naturais podem ter valores diferentes para determinados grupos de pessoas por força dessa influência. Portanto, a igualdade faz com que todos tenham a garantia do direito, mas a individualidade faz com que tal direito se efetive de maneira diferente para cada homem. Para KANT era esta individualidade que diferenciava o homem das coisas, já que demonstrava que ele era um ser com valores, pensante, insubstituível. Foi assim que KANT baseou sua teoria contra a escravidão.

É de grande valia citar neste momento as brilhantes palavras de TRINDADE (1997, p. 17):

*“A idéia dos direitos humanos é, assim, tão antiga como a própria história das civilizações, tendo logo se manifestado, em distintas culturas e em momentos históricos sucessivos, na afirmação da dignidade da pessoa humana, na luta contra todas as formas de dominação e exclusão e opressão, e em prol da salvaguarda contra o despotismo e a arbitrariedade, e na asserção da participação na vida comunitária e do princípio da igualdade”.*

Com a evolução histórica a expressão “ser humano” foi se aprimorando cada vez mais e com ele o conceito de *direito humano*. Após uma análise histórica podemos chegar a idéia de que os direitos humanos são os direitos de todos os homens, que estão acima de qualquer lei particular ou de qualquer território.

SARLET (2001) declara que os direitos humanos referem-se:

*“(...) àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal independentemente de vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional”.*

## **3.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS**

### **3.2.1. Introdução**

Toda a evolução histórica dos direitos humanos está diretamente relacionada com o crescimento tecnológico da sociedade. Isto ocorre porque o crescimento tecnológico traz consigo algumas conseqüências, como o enriquecimento de poucos e o empobrecimento de muitos. Essa realidade permanece por determinado período, até que a parte oprimida, ou seja, a grande maioria da população, se posiciona contra a minoria rica exigindo melhores condições de vida. São nesses movimentos extremos que os direitos dos seres

humanos começam a ser garantidos. Veja o que diz a doutrina de COMPARATO (1999, p. 30-31):

*“A compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da história, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. (...) O remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna a todos”.*

A evolução tecnológica é algo que não se pode impedir, de modo que o melhor caminho a ser tomado é o de crescer de forma harmoniosa, sem desrespeito aos direitos dos mais fracos.

### **3.2.2. A Baixa Idade Média**

Pode-se dizer que a história dos direitos humanos começa neste período. É importante ressaltar, porém, que não se falava dos direitos humanos conhecidos hoje, trata-se de um período onde parte da população começou a exigir proteção mínima de seus direitos em face de um governo totalitário.

Estamos num período histórico caracterizado pela queda do Império Romano Ocidental com as invasões dos bárbaros e, conseqüentemente, o desmembramento do poder político e econômico com o surgimento do Feudalismo. Essa realidade durou pouco tempo, já que o Imperador carolíngio e o Papa uniram-se com o intuito de centralizar novamente o poder político nas mãos da monarquia.

A centralização originou movimentos contra o absolutismo, que culminaram na **Declaração das Cortes de Leão** (1188), na Península Ibérica, e na **Magna Carta** (1215), na Inglaterra. Era o início da proteção aos direitos humanos, em principal, a liberdade e da limitação do poder monárquico. É evidente que essa liberdade não era privilégio de todos, mas do clero e da nobreza. A proteção dos direitos do povo veio a ocorrer muito tempo depois.

Neste mesmo momento histórico ocorre a abertura das vias marítimas, bem como o desenvolvimento dos chamados burgos. Esse desenvolvimento comercial fez com que o terceiro estamento da sociedade, ou seja, o povo, sofresse uma alteração de grande significação histórica: o enriquecimento daqueles que passaram a se dedicar à atividade mercantil e formaram a chamada burguesia. Muitos burgueses acumularam mais dinheiro do que toda a monarquia controladora do poder político, de tal sorte que os investimentos por ele realizados levaram a Europa medieval ao desenvolvimento comercial e marítimo.

Os burgos representavam a liberdade àqueles que trabalhavam como servos nos feudos. Muitos deles deixaram suas moradias e dirigiram-se para estes centros comerciais em busca da liberdade e de uma nova forma de sobrevivência.

Analisando todo este panorama histórico não é difícil concluir qual foi a próxima necessidade dos burgueses. Suas práticas comerciais começaram a barrar nas vontades monárquicas, de modo que o controle do poder político passou a ser uma meta aos burgueses que não admitiam ser controlados por pessoas possuidoras apenas de títulos nobres.

### **3.2.3. O Século XVII**

Este século foi marcado pela evolução do pensamento no mundo artístico e literário, bem como por um grande desenvolvimento científico, com destaque de grandes nomes como Galileu, Newton e Pascal. No campo político novas idéias democráticas e republicanas surgiram com a chamada rebelião dos Levellers (partido político democrático que se formou em Londres em 1646 para lutar ao lado de Oliver Cromwell durante a Guerra Civil Inglesa contra a Monarquia Absolutista).

A guerra civil inglesa colaborou para que ressurgissem as idéias de harmonia social e os preceitos trazidos pela Magna Carta. O sentimento de liberdade generalizou a oposição ao poder absoluto.

Em 1689 foi promulgado na Inglaterra o chamado Bill of Rights, que colocou fim ao poder absolutista com a divisão dos poderes (surgimento do Parlamento, ou seja, início da participação “popular” no poder político) e garantiu as liberdades individuais. Entretanto, tais garantias não beneficiaram todos os súditos ingleses, mas preferencialmente o clero e a nobreza. A novidade foi que a burguesia rica também aproveitou tais garantias.

#### **3.2.4. A Independência Americana e a Revolução Francesa**

A Declaração de Independência dos Estados Unidos foi precedida pela **Declaração do bom povo da Virgínia**, em 1776. Dizia o artigo I da Declaração:

*“Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança”.*

Essa Declaração constitui o nascimento dos direitos humanos na História. Trata-se do reconhecimento expresso e explícito de que todos os homens são iguais e possuidores do direito à vida e à felicidade.

A mesma idéia foi repetida no ato de abertura da Revolução Francesa (Art. 1º, da **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**, de 1789) treze anos depois: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direito”.

O direito à fraternidade só foi declarado em 1948, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas.

A igualdade e a liberdade imediatamente repercutem na área política. Ressurge a idéia da Democracia, ou seja, o ideal de que “todo poder pertence ao povo e, por conseguinte, dele deriva. Os magistrados são seus fiduciários e servidores, responsáveis a todo tempo perante ele”. (art. II, da Declaração do bom povo da Virgínia). É importante ressaltar, que a idéia de democracia trazida pelos franceses e pelos americanos é bem diferente daquela defendida pelo pensador

Aristóteles, onde o poder era composto pelos grupos de baixo poder econômico. A democracia moderna representava a tomada do poder pela burguesia, acabando com os privilégios do clero e da nobreza, não se preocupava em nenhum momento com a população miserável.

As duas revoluções possuíam o mesmo espírito de restauração e proteção dos tradicionais direitos do cidadão. A grande diferença entre elas estava no fato de que a Revolução Americana preocupou-se mais em livrar-se do controle britânico, enquanto a Revolução Francesa tinha como referencial levar a idéia de libertação para todos os povos. Acabou por influenciar países da Europa, da Ásia, da Índia e da América Latina.

### **3.2.5. O Reconhecimento dos Direitos Sociais e Econômicos**

A nova sociedade, agora liberal, que se formou após as revoluções tinha como alicerce maior o fato de que todos eram iguais e possuíam os mesmos direitos. Porém, tudo não passava de mera utopia, na prática, o número de miseráveis marginalizados aumentava à medida que os grandes industriais se enriqueciam. Começou-se a perceber que os direitos trazidos pelas Declarações existiam apenas no papel. O resultado de toda essa problemática foi a organização dos trabalhadores em busca de seus direitos, apoiados por indivíduos da alta sociedade conscientes dos abusos que estavam ocorrendo.

Com a pressão popular sobre o governo francês, em 1848, a Constituição francesa reconheceu expressamente alguns direitos sociais e econômicos exigidos pelo povo.

A plena garantia dos direitos humanos só ocorreu efetivamente no século XX com a **Constituição Mexicana** (1917) e a **Constituição de Weimar** (1919). Esse reconhecimento ocorreu por forte influência do movimento socialista europeu, que culpava o sistema Capitalista pela miséria que atingia toda a Europa. A declaração dos direitos dos trabalhadores representava um ato anticapitalista.

### 3.3. A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os massacres e o total desrespeito ao ser humano foram os grandes marcos deixados pela Segunda Guerra Mundial, de tal modo que a primeira providência tomada ao final da guerra, pelas grandes nações nela envolvidas, foi a criação de um sistema internacional capaz de proteger e efetivar os direitos humanos.

Há que se ressaltar, entretanto, que os direitos humanos são frutos de grandes lutas e conquistas históricas. O movimento ocorrido após a Segunda Guerra serviu apenas para consolidá-los de maneira definitiva.

Alguns precedentes do processo de internacionalização dos direitos humanos, ou seja, do fenômeno de preocupação internacional em se garantir direito a todos os seres humanos independentemente de sua nacionalidade, são de extrema importância histórica e devem ser analisados. São eles: o surgimento do chamado Direito Humanitário, a Liga das Nações e a formação da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Entende-se por **Direito Humanitário** aquele que deve ser aplicado em tempo de guerra. Tem por finalidade fixar limites à atuação dos Estados e assegurar a observância dos direitos humanos. Segundo os ensinamentos de PIOVESAN (1997, p. 133):

*“A proteção humanitária objetiva proteger, em caso de guerra, militares postos fora de combate (feridos, doentes, náufragos, prisioneiros) e população civil. (...) o Direito Humanitário foi a primeira expressão de que, no plano internacional, há limites à liberdade e à autonomia dos Estados, ainda que na hipótese de conflito armado”.*

Fato importante que deve ser lembrado é a criação da Comissão Internacional da Cruz Vermelha, em 1880, responsável em cuidar dos feridos nas guerras.

A **Liga das Nações**, criada logo após a Primeira Guerra Mundial com o intuito de promover a paz e a cooperação internacional, assim como o Direito Humanitário, trouxe a idéia de uma relativização da soberania dos Estados. Assim, todo Estado passa a ter a obrigação de abrir mão de sua soberania em defesa dos direitos humanos. É o que demonstra a doutrinadora PIOVESAN et al. (1999) apud MAZZUOLI (2001, p. 69):

*“(...) representavam um limite à concepção de soberania estatal absoluta, na medida em que a Convenção da Liga estabelecia sanções econômicas e militares a serem impostas pela comunidade internacional contra os Estados que violassem suas obrigações”.*

Contribuiu também para a internacionalização dos direitos humanos a criação, em 1919, da **Organização Internacional do Trabalho**, que tinha por função defender padrões internacionais de condições de trabalho.

*“(...) para o direito do trabalho, o tratado de Versalhes (1919) assumiu especial importância, pois dele surgiu o projeto de organização internacional do trabalho. A Parte XIII desse tratado é considerada a Constituição Jurídica da Organização Internacional do Trabalho – OIT. (...) A atividade normativa da OIT consta das Convenções, Recomendações e Resoluções que podem depender ou não de ratificação dos Estados Soberanos: as Convenções Internacionais da OIT são normas jurídicas emanadas da Conferência Internacional da OIT, destinadas a constituir regras gerais e obrigatórias para os Estados deliberantes que as incluem no seu ordenamento interno, observadas as respectivas prescrições legais”.* (NASCIMENTO et al. (1989) apud MAGALHÃES (2000, p. 32).

Esses três acontecimentos históricos fazem com que o ser humano deixe de ser apenas objeto no âmbito internacional e passe a ser considerado sujeito de direito internacional, de tal sorte que seu direito passa a ser oponível a qualquer soberania estatal que vise violá-lo. A proteção desse direito passou a ser preocupação de toda a comunidade internacional, possibilitando inclusive que a soberania de determinado Estado seja violada em defesa desse direito. Nas palavras de PIOVESAN (1997, p. 1997):

*“A partir dessa perspectiva, começa a se consolidar a capacidade processual internacional dos indivíduos, bem como a concepção de que os direitos humanos não mais se limitam à exclusiva jurisdição doméstica, mas constituem matéria de legítimo interesse internacional”.*

### 3.3.1. O Pós Segunda Guerra Mundial

*“O Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse”. (Thomas Buergenthal). (PIOVESAN, 1997, p. 140).*

Os excessos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial trazem à tona o direito do ser humano de ter seus direitos protegidos, bem como a realidade de que esta tarefa não cabe mais apenas ao Estado que abriga este indivíduo, mas a toda a comunidade internacional.

A necessidade de um sistema jurídico internacional capaz de garantir os direitos humanos fez com que uma nova realidade acontecesse: a possibilidade de se responsabilizar internacionalmente o Estado acusado de não proteger e efetivar os direitos humanos em seu território. Assim, a soberania estatal passou a ter um caráter relativo (a soberania passa a ter apenas caráter interno) quando se trata de direitos humanos.

Juntamente com o novo aspecto da soberania surge em 1945 a **Carta das Nações Unidas**. Tratava-se de um acordo entre as nações soberanas para manutenção da paz e da segurança internacional, ou seja, para evitar novos conflitos armados internacionais. Referido diploma passou a ser um reconhecimento expresso de que os direitos humanos são agora de responsabilidade internacional. O cumprimento das disposições previstas neste documento importantíssimo para a história dos direitos humanos é hoje a principal preocupação da Organização das Nações Unidas (ONU).

*“A Carta das Nações Unidas de 1945 consolida o movimento de internacionalização dos direitos humanos, a partir do consenso de Estados que elevam a promoção desses direitos a propósito e finalidade das Nações Unidas. Definitivamente, a relação de um Estado com seus nacionais passa a ser uma problemática internacional, objeto de instituições internacionais e do Direito Internacional”. (PIOVESAN, 1997, p.152).*

A Organização das Nações Unidas deu de seus mais importantes passos na história da defesa dos direitos humanos em 1948 ao adotar como norma

parâmetro para todos os Estados soberanos a chamada **Declaração Universal dos Direitos Humanos**.

O papel da ONU na comunidade internacional será analisado posteriormente.

### **3.3.2. Uma Breve Análise da Declaração Universal dos Direitos Humanos**

A Declaração de 1948 é considerada hoje o documento de maior importância na defesa dos direitos humanos. Essa aceitação internacional se deu pelo fato de a Declaração ter combinado em sua estrutura o discurso liberal, ao elencar os direitos civis e políticos, com o discurso social, garantindo os direitos sociais, econômicos e culturais. Essa união do valor liberdade (discurso liberal) com o valor igualdade (discurso social) fez com que os direitos humanos passassem a ser concebidos como uma unidade independente e indivisível. Assim, não há um direito sem que existam os demais.

*“Em suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e são interdependentes entre si”. (PIOVESAN, 1997, p.161).*

É importante citar as principais características da Declaração de 1948 tratadas pela maioria da doutrina. São elas: a amplitude, já que a Declaração compreende um conjunto de direitos e de faculdades sem as quais o ser humano não é capaz de desenvolver sua personalidade; e, a universalidade, ou seja, o fato de ser aplicável a todas as pessoas, independentemente da sua crença, raça, sexo ou nacionalidade.

A Declaração de 1948 recebeu como complemento (visava dar efetividade aquilo disposto na Declaração) dois pactos assinados em 1966 na cidade de Nova York, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Políticos, Sociais e Econômicos.

Cabe ainda analisar o valor jurídico da Declaração. A grande parte dos doutrinadores defendem a idéia de que a Declaração possui força vinculante e

obrigatória, ainda que não seja considerada um tratado internacional (foi adotada pelas Nações Unidas em forma de Resolução, ou seja, sem força de lei, para o fim de promover e definir o conceito de “direitos humanos”, em complemento à Carta das Nações Unidas que os citou mas não os definiu). Toda essa força da Declaração decorreu do fato dela ter se transformado ao longo dos anos em direito costumeiro internacional, ou seja, prática obrigatória entre as nações soberanas. A obediência ao disposto na Declaração passou a ser princípio geral do Direito Internacional. É o que leciona PIOVESAN (1997, p. 166):

*“(...) a Declaração se impõe como um código de atuação de conduta para os Estados integrantes da comunidade internacional. Seu principal significado é consagrar o reconhecimento universal dos direitos humanos pelos Estados, consolidando um parâmetro internacional de proteção desses direitos”.*

Os dizeres MAZZUOLI (2001, p. 103) concluem com muita precisão a importância desse período histórico para os direitos humanos:

*“Assim, a partir do surgimento da Organização das Nações Unidas, em 1945, e da conseqüente aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, o Direito Internacional dos Direitos Humanos começa a aflorar e a solidificar-se de forma definitiva, gerando, por via de conseqüência, a adoção de inúmeros tratados internacionais destinados a proteger os direitos fundamentais dos indivíduos. Trata-se de uma época considerada como verdadeiro marco divisor do processo de internacionalização dos direitos humanos”.*

### **3.3.3. O Pacto de São José da Costa Rica**

Seguindo a idéia de declaração e proteção dos direitos humanos, foi assinada em 22 de novembro de 1969, em São José da Costa Rica, a Convenção Americana de Proteção aos Direitos Humanos, também chamada de Pacto de São José da Costa Rica. Trata-se do documento mais importante dentro do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

Como os países da América, principalmente aqueles que compõe a América Latina, possuem algumas particularidades quando comparados com os demais países do mundo, os direitos assegurados na Convenção Americana são essencialmente os chamados de primeira geração, ou seja, a liberdade, a vida, a igualdade, a privacidade, o devido processo legal, a liberdade de consciência e religião, dentre outros (previstos na Constituição Brasileira de 1988 no art. 5º).

A Convenção foi subscrita pelo Brasil em 26 de maio de 1992 através do Decreto Legislativo nº 27. Com a aprovação pelo Congresso Nacional, nosso governo depositou a Carta de Adesão (ratificação) junto a Organização dos Estados Americanos no dia 25 de setembro de 1992. Entrou em vigor no território brasileiro em 06 de novembro de 1992, com o Decreto Presidencial nº 678, publicado no Diário Oficial no dia 09 de novembro de 1992.

Cabe à Comissão Interamericana de Direitos Humanos fiscalizar o cumprimento dos direitos declarados na Convenção e também na Declaração Universal dos Direitos do Homem. A Comissão deve fazer recomendações aos governos dos Estados, promovendo a adoção de medidas adequadas à proteção desses direitos, preparando estudos e relatórios que se mostrem necessários e, o mais importante, submetendo os Estados a apresentar um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, contendo informações e dados importantes referentes aos direitos humanos (art. 41 e seguintes da Convenção).

A Convenção Americana padece do mesmo mal da Organização das Nações Unidas, ou seja, não possui um sistema internacional (apesar de possuir a Corte Interamericana, que acaba por ter função apenas orientadora, já que é mais utilizada para solucionar conflitos referentes à própria interpretação da Convenção) capaz de obrigar e de impor sanções aos Estados – membros. Apesar disso, é uma das entidades mais importantes e mais atuantes internacionalmente.

### **3.4. AS CARACTERÍSTICAS E OS PRINCÍPIOS BASILARES DOS DIREITOS HUMANOS**

As características marcantes dos direitos humanos são, em suma, três: a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência. Diz-se que são **universais** porque todas as pessoas, independente de sua nacionalidade, cor, raça ou crença religiosa, são consideradas sujeitos de direitos humanos. A

**indivisibilidade** decorre do fato de que os indivíduos são titulares de todos os direitos humanos, de tal sorte que o desrespeito a um deles acaba por ferir todos os demais. Assim sendo, não há como se exercer os direitos civis e políticos sem que existam concomitantemente os direitos sociais e econômicos. Essa união dos direitos humanos é perfeitamente perceptível na Declaração de 1948. Por fim, diz-se que os direitos humanos são **interdependentes**, que nada mais é que um complemento da idéia da indivisibilidade, ou seja, um direito depende do outro para ser efetivamente exercido. Cabe lembrar, que não há hierarquia entre os direitos humanos, todos estão em total pé de igualdade, assim, não há como dizer que um direito é mais importante que o outro.

Outras características são trazidas pela doutrina, como o fato de que todos os direitos humanos são **fundamentais**, de natureza moral, ou seja, são garantias dos seres humanos independentemente de qualquer tratado internacional, advêm da própria condição de ser humano. São, ainda, **irrenunciáveis**, **inalienáveis** e **imprescritíveis**. Por fim, são **inexauríveis**, no sentido de que podem se expandir com a conseqüente evolução da própria sociedade. Não se trata de um rol taxativo, muitos outros direitos podem surgir de acordo com a necessidade dos seres humanos.

Os princípios norteadores dos direitos humanos são derivados das próprias garantias. São eles: a **inviolabilidade da pessoa**, ou seja, a idéia de que não se pode sacrificar uma pessoa em nome de outras, cada pessoa deve ser protegida individualmente; a **autonomia da pessoa**, pelo qual todo indivíduo é livre para praticar atos, desde que não prejudique os demais; e, por fim, o princípio da **dignidade da pessoa humana**, que traz a idéia de que toda pessoa deve ser tratada e julgada de acordo com seus atos.

As características e os princípios levam à idéia principal dos direitos humanos: são inerentes à pessoa humana, independentemente de sua nacionalidade, religião ou cultura. São direitos acima de qualquer soberania ou território. Assim sendo, precisam de uma proteção efetiva e do respeito de todas as nações do mundo.

Estar acima da soberania dos Estados é a característica básica dos direitos humanos, já que demonstra que tais direitos não se vinculam a nenhuma ordem jurídica específica. Este é, entretanto, o problema apontado por muitos países, já que aceitar tais normas seria abrir mão da soberania interna, seria admitir que normas internacionais regulem acontecimentos internos. Porém, entendem alguns doutrinadores que não há neste caso ofensa à soberania, já que um Estado é mais soberano à medida que garante direitos ao seu povo. A grande verdade é que na prática há a recusa dos Estados em aceitar essas normas internacionais, conforme veremos mais adiante.

## 4. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

### 4.1. SISTEMÁTICA PARA ENTRAREM EM VIGOR

#### 4.1.1. Competência

Os tratados internacionais passam por um sistema rigoroso de ratificação e votação antes de entrarem em vigor no Brasil. Neste sistema participam o Poder Executivo (responsável pela assinatura) e o Poder Legislativo (responsável pela aprovação). É o que prescrevem os arts. 84, III e 49, I da Constituição Federal:

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

*(...)*

*VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional (...).”*

*“Art. 49. É competência exclusiva do Congresso Nacional:*

*I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (...).”*

Conforme se observa, a ratificação definitiva dos tratados internacionais depende, obrigatoriamente da participação do Presidente da República e do Congresso Nacional, de modo que o ato de apenas um dos poderes não traz efeito nenhum ao tratado.

*“Tudo quanto não pode o Presidente da República é manifestar o consentimento definitivo, em relação ao tratado, sem o abono do Congresso Nacional. (...) Isto significa, noutras palavras, que a vontade nacional, afirmativa quanto à assunção de um compromisso externo, repousa sobre a vontade conjugada dos dois poderes políticos.” (REZEK, 2000, p. 64).*

O jurista MEDEIROS (1995, p. 384) cita em sua obra o entendimento de LUIS IVANI DE AMORIM ARAÚJO:

*“A necessidade de todos os tratados celebrados pelo Presidente da República serem apreciados pelo Congresso Nacional - e não apenas os que acarretam encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional – é um imperativo categórico”.*

Há que se lembrar, porém, que parte da doutrina defende a possibilidade de alguns atos internacionais serem concluídos sem a participação do Congresso Nacional. Dentre os que participam dessa corrente doutrinária, o que merece maior destaque é o professor ACCIOLY, que defende a idéia de que algumas matérias não dependem da aprovação do Congresso Nacional por não trazerem grandes alterações ao país.

A doutrina de MAZZUOLI (2001, p. 159) traz o rol de possibilidades tratadas por ACCIOLY:

- a) os acordos sobre assuntos que sejam de competência privativa do Poder Executivo;*
- b) os concluídos por agentes ou funcionários que tenham competência para tanto, sobre assuntos de interesse local ou de importância restrita;*
- c) os que simplesmente consignam a interpretação de cláusula de um tratado já vigente;*
- d) os que decorrem, lógica e necessariamente, de algum tratado vigente e são como que o seu complemento; e*
- e) os de modus vivendi, na medida em que têm em vista apenas deixar as coisas no estado em que se encontram ou estabelecer simples bases para futuras negociações”.*

Essa discussão doutrinária quanto à participação do Congresso Nacional na ratificação de todos os atos internacionais praticados pelo Executivo ainda é muito intensa, não havendo uma conclusão sobre o assunto.

O professor MAZZUOLI (2001, p. 162) tece um comentário sobre o assunto levando-se em consideração algumas observações feitas por MEDEIROS, *in verbis*:

*“A prática brasileira dos acordos em forma simplificada, concluídos sem a autorização expressa e específica do Poder Legislativo, entretanto, é bastante intensa no Brasil, como demonstram os inúmeros acordos concluídos pelo nosso País desta maneira, fato este que levou o Prof. Cachapuz de Medeiros a observar ‘que o Itamaraty mantém o entendimento (...) de que o Brasil pode ser parte em acordos internacionais que não dependam da aprovação do Congresso Nacional’”. (destaque nosso)*

#### 4.1.2. Procedimento

Cabe ao Presidente da República encaminhar o acordo por ele assinado internacionalmente para análise do Congresso Nacional.

A matéria será discutida e votada separadamente pelas duas casas do Congresso Nacional. A votação ocorrerá primeiro na Câmara dos Deputados e depois no Senado Federal. Ambas as casas possuem a Comissão de Relações Exteriores especializadas para esse tipo de votação. Além da análise dessa Comissão, ocorrerá também a análise da Comissão de Constituição e Justiça e da Comissão referente ao assunto tratado no acordo internacional (ex: energia, saúde, comércio, etc). O parecer destas comissões antecede a votação em plenário.

A votação em plenário só ocorrerá se houver a presença da maioria absoluta dos membros da casa, sendo preciso a votação favorável da maioria absoluta dos presentes. A aprovação deverá ocorrer nas duas casas, de tal sorte que a ausência de aprovação de uma das casas põe fim ao procedimento.

Havendo a aprovação das duas casas, elabora-se um Decreto Legislativo, que deverá ser promulgado pelo Presidente do Senado Federal, que remeterá o texto para publicação no Diário Oficial da União. Ocorrendo a rejeição do tratado pelo Congresso Nacional, tal decisão é apenas comunicada ao Presidente da República mediante a chamada *mensagem*.

É importante ressaltar, que o Congresso Nacional pode apenas aprovar ou rejeitar o tratado internacional, não sendo possível nenhuma alteração em seu conteúdo.

Cabe lembrar também, que a decisão do Congresso Nacional poderá sofrer retratação, desde que o Presidente da República não o tenha ainda ratificado internacionalmente.

Aprovado internamente caberá ao Presidente da República ratificar e promulgar o texto do tratado, o que faz mediante Decreto. É este ato que demonstra que o Brasil concorda com o disposto no tratado e compromete-se a cumpri-lo.

*“(...). É que, dando a Carta Magna ao Presidente da República a competência privativa para celebrar tratados, e sendo ele o representante do Estado na órbita internacional, sua também deverá ser a última palavra em matéria de ratificação”.*  
(MAZZUOLI, 2001, p. 167).

A ratificação do tratado internamente deverá ser comunicada aos países pactuantes. Essa comunicação irá depender do tipo de tratado que sofreu ratificação.

Nos *tratados bilaterais*, a comunicação poderá ocorrer de duas formas:

a) pela *troca de informações*, onde ocorre o envio de uma nota à Embaixada do país que negociou com o Brasil. Não havendo Embaixada do país pactuante no Brasil, a nota será enviada à Embaixada do Brasil naquele país. Não havendo nenhuma das hipóteses, comunica-se a ONU; e

b) pela *troca de cartas de ratificação*, onde é realizada uma cerimônia de troca dos instrumentos. É realizado um protocolo, em duas vias, no idioma dos pactuantes ou no idioma por eles escolhido, que será assinado e selado pelos representantes dos países pactuantes.

Nos *tratados multilaterais* a forma de comunicação é diferente e mais complexa. Após a publicação do Decreto Legislativo, o instrumento de ratificação deverá ser *depositado* junto ao organismo internacional ou país nomeado depositário. Dependendo do tratado, pode ocorrer que seja preciso esperar o decurso de determinado prazo (alguns tratados fixam um prazo de *vacatio*), para que este comece a produzir seus efeitos. Caberá agora ao Presidente da República expedir o chamado Decreto de Execução, promulgando e publicando no Diário Oficial o tratado ora assinado. Depois da publicação, o tratado passa a produzir efeitos internamente.

MAZZUOLI (2001, p. 186) cita o entendimento do também doutrinador MIRTÔ FRAGA:

*“(...) nada mais é o decreto de execução do que ‘o atestado de existência de uma regra jurídica, regularmente concluída, em observância ao processo específico, instituído na Lei Maior’”.*

### **4.1.3. A Posição Hierárquica do Tratado Internacional na Legislação Brasileira**

#### **4.1.3.1. As Teorias que Analisam a Relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno**

Antes de adentrar à hierarquia das normas no Direito Brasileiro, é preciso que se analise a relação entre o direito internacional e o direito interno, bem como as correntes doutrinárias que surgiram com o intuito de explicar tal fenômeno. São elas: o **dualismo** e o **monismo**. Dependendo da relação existente a norma internacional terá papel diferenciado internamente e ocupará posição variável na hierarquia das normas.

A tese do *dualismo* foi criada em 1899 por *Carl Heinrich Triepel*. Tal corrente baseia-se na idéia de que o direito interno é totalmente independente e distinto do direito internacional. Nas palavras da doutrinadora RIBEIRO (2001, p. 40-41):

*“A concepção proposta por Triepel levou à denominada ‘teoria da incorporação’, ou seja, para que uma norma internacional fosse aplicada internamente em um determinado Estado seria necessária, inicialmente, a sua transformação em Direito interno, incorporando-a ao seu sistema jurídico. Isso seria uma consequência da independência irrestrita entre os dois ordenamentos jurídicos, implicando, ainda, em dizer que não haveria possibilidade de conflito entre ambos.”*

Conforme é possível notar, para os dualistas os tratados internacionais nada mais são do que compromissos internacionais assumidos pelo Chefe do Poder Executivo, não podendo de forma alguma interferir no direito interno. A

obrigação assumida internacionalmente pelo Presidente da República teria apenas conteúdo moral, não havendo como obrigar o Estado a cumprir o pactuado.

A doutrina de RIBEIRO (2001, p. 45) traz o entendimento interessante do professor JORGE MIRANDA com relação ao dualismo:

*“Uma norma pertencente a um sistema não pode valer, como tal, no interior de outro sistema; não passa (numa postura radical), de mero facto para este; quando muito, o seu conteúdo poderá ser aqui retomado, reproduzido ou transformado, surgindo então uma nova norma”.*

A doutrina *monista* surgiu como forma de crítica àquilo que era defendido pelo dualismo e foi principalmente defendida por *Hengel*. Para essa corrente o direito internacional e o direito interno fazem parte de um único sistema, ou seja, há uma unidade de sistemas jurídicos. Trata-se do princípio da subordinação, onde as normas jurídicas encontram-se subservientes umas às outras.

Segundo os dizeres de FRAGA (1998, p. 06):

*“Para o monismo, a ordem jurídica internacional e interna fazem parte de um único sistema, havendo, equiparação entre sujeitos, fontes, objeto e estrutura das duas ordens, que se comunicam e se interpenetram”.*

A obra jurídica da professora RIBEIRO (2001, p. 59) traz o esclarecimento do doutrinador JORGE MIRANDA:

*“(...) as correntes monistas – e são muitas, e diversas - afirmam a unidade sistemática das normas de Direito internacional e das normas de Direito interno. Estes ordenamentos são comunicáveis e inter-relacionáveis, um não pode ignorar o outro e tem de haver meios de relevância recíproca das respectivas fontes. A natureza profunda das normas é idêntica ou semelhante e, aliás, nada impede que normas desta ou daquela origem venham a reger as mesmas situações da vida, as mesmas relações, as mesmas matérias, o que obriga a estabelecer formas de articulação”.*

Como bem lembrou o professor JORGE MIRANDA, dentro da corrente monista várias outras surgiram sendo as principais: a corrente que defende a primazia do direito interno e, a outra que defende a primazia do direito internacional.

A corrente que defende a *primazia do direito interno* baseia-se no fato de que não existe uma autoridade supra-estatal capaz de impor a aplicação do direito internacional, de tal sorte que cabe a cada Estado determinar livremente suas obrigações internacionais e a forma de executá-las. Além disso, a maioria dos Estados possui em suas constituições normas regulamentando as relações internacionais, ou seja, o Estado negocia internacionalmente totalmente vinculado às suas normas internas.

*“(...) o monismo do Direito interno resulta de um voluntarismo uniestadual, podendo considerá-lo uma negação ao Direito internacional. Seus adeptos consideram a existência de um único sistema jurídico comandado pelo Direito interno, onde o Direito internacional acaba por ser, repetimos, um Direito interno aplicado pelos Estados nas suas relações com outros Estados”. (RIBEIRO, 2001, p. 61).*

Concluindo, os adeptos dessa corrente defendem a soberania absoluta e ilimitada dos Estados, não havendo nenhuma autoridade ou vontade superior.

Temos ainda a corrente doutrinária que defende a *primazia do direito internacional* e tem como seu principal representante HANS KELSEN. A idéia principal dessa corrente é a de que a ordem jurídica interna é subordinada à ordem jurídica internacional. O Estado possuiria, para essa corrente, uma soberania relativa, ou seja, é absoluta mas não ilimitada (surge a idéia de que uma soberania se limita nas demais).

Na atualidade formou-se uma nova corrente chamada *teoria conciliadora*, trazendo como idéia principal o fato de que os ordenamentos são independentes, entretanto, estão eles ligados ao direito natural. Trata-se de uma corrente que defende a primazia do direito natural, considerado por esses estudiosos uma ordem superior.

*“(...) os princípios de Direito natural determinam a vigência de uma norma interna, não se chocando com a comunidade internacional. No entanto, exige que a norma internacional não entre em conflito com os interesses do Estado. Deve existir uma harmonia entre o Estado e a comunidade internacional”. (RIBEIRO, 2001, p. 75).*

#### 4.1.3.2. O Posicionamento do Supremo Tribunal Federal e as Correntes Divergentes

No Brasil, a corrente doutrinária aceita pelo Supremo Tribunal Federal é a monista, onde há a primazia do direito interno. Assim, a norma internacional só terá sua eficácia após a aprovação pelo Congresso Nacional (depende totalmente do direito interno). Sendo aprovada, assumirá o papel de lei ordinária, estando sempre subordinada à Constituição Federal. Nas palavras de MAZZUOLI (2001, p. 05):

*“(...) dentro do sistema jurídico brasileiro, onde tratados e convenções guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado, a normatividade dos tratados internacionais, permite, no que concerne à hierarquia das fontes, situa-los (como que o STF), no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as nossas leis internas”.*

O posicionamento adotado pelo STF leva à seguinte conclusão: uma disposição contida em um tratado internacional, seja ele de direitos humanos ou não, jamais terá o condão de modificar aquilo que está previsto em nossa Carta Maior. A condição de lei ordinária faz com que os direitos previstos nos tratados fiquem no patamar de qualquer outra norma interna, podendo ser revogada a qualquer tempo por uma lei superveniente.

Essa realidade fez com que doutrinadores defendessem uma nova teoria, valorizando o disposto nos tratados internacionais de direitos humanos. A preocupação com os direitos humanos se deu por motivo evidente, já que são os tratados internacionais os maiores precursores dos direitos individuais e coletivos. Aceitar que os direitos humanos entrem no Brasil em posição de simples norma ordinária tornou-se inadmissível, já que nada significam frente à Constituição Federal, não possuindo assim grande força vinculante no território brasileiro. Dar aos tratados internacionais de direitos humanos natureza constitucional foi a solução encontrada por esse grupo, ainda minoritário de doutrinadores.

A teoria de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem natureza constitucional baseia-se no disposto no art. 5º, § 2º, da CF/88:

*“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes:*

*(...)*

*§ 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**”.* (grifo nosso)

Conforme se observa, a própria Constituição Federal concedeu a natureza constitucional para esses tratados. Vale invocar os ensinamentos da doutrinadora PIOVESAN (1997, p. 85):

*“(...) A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que estes direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Constituição lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e contemplam o catálogo de direitos fundamentais previstos no texto constitucional”.*

A professora continua seu raciocínio citando o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (PIOVESAN, 1997, p. 94-95):

*“(...) Como esclarece a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua Opinião Consultiva n. 2, de setembro de 1982: “Ao aprovar estes tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, em prol do bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas em relação aos indivíduos que estão sob a sua jurisdição”. Esse caráter especial vem a justificar o status constitucional atribuído aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos”.*

Esse entendimento é também esposado por MAZZUOLI (2001, p. 14):

*“Dessa forma, mais do que vigora como lei interna, os direitos e garantias fundamentais proclamados nas convenções ratificadas pelo Brasil, por força do mencionado art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, passa a ter, por vontade da própria Carta Magna, o status de “norma constitucional””.*

Apesar de toda a argumentação utilizada por estes doutrinadores, a corrente que hoje prevalece é a de que os direitos previstos nos acordos internacionais assumem forma de lei ordinária no Brasil. Esse é o entendimento defendido pelo maior órgão judicial brasileiro, ou seja, o Pretório Excelso Supremo Tribunal Federal. Toda essa argumentação não passa ainda de utopia

jurídica. Essa realidade é reconhecida pelo próprio professor MAZZUOLI (2001, p. 30) em sua conclusão:

*“(...) Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, qualquer tratado internacional ratificado pelo Brasil, passa a fazer parte do direito interno brasileiro, no âmbito da legislação ordinária, sem força para mudar o texto constitucional, pois, sendo a Constituição Federal a expressão máxima da soberania nacional, será ela acima de qualquer tratado ou convenção internacional que com seu texto conflite. Não há, segundo o Supremo, garantia de privilégio hierárquico dos tratados internacionais sobre o direito interno brasileiro, devendo-se garantir a autoridade da norma mais recente, pois é paritário o tratamento brasileiro, dado às normas de direito internacional (lex posterior derogat priori). A prevalência de certas normas de direito interno sobre as de direito internacional público decorre de primados do próprio STF, com base na especialidade das leis no sistema jurídico constitucional, posto que uma lei geral seria incapaz de derogar uma outra que a ela seja especial (HC nº 72.131- RJ)”.*

Não há dúvida de que o posicionamento do STF acaba por prejudicar a aplicabilidade dos direitos previstos nos tratados internacionais. Esse assunto, entretanto, será discutido oportunamente.

## **4.2. A POSSIBILIDADE DE RESSALVAS NO DIREITO BRASILEIRO**

### **4.2.1. Conceito**

É necessário que se analise as reservas porque estas acabam por alterar a aplicabilidade do tratado internacional, dificultando sua eficácia plena no âmbito interno.

A reserva é prevista na Convenção de Viena em seu art. 2º, § 1º, d, que a conceitua como sendo:

*“Uma declaração unilateral, qualquer que seja o seu enunciado ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar os efeitos jurídicos de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado”.*

A reserva nada mais é, portanto, que a possibilidade de determinado Estado se eximir de certa disposição contida no tratado, ou, de alterar tal disposição. Cabe dizer, que havendo a reserva, aquele dispositivo não mais acarretará, ou trará de modo diverso, conseqüências jurídicas internas e externas

ao Estado que a realizou. É, assim, por fim, uma emenda realizada pelo Estado pactuante.

É importante ressaltar, que a reserva só poderá ocorrer, como regra, quando prevista no tratado internacional. Se este nada disser sobre o assunto, entende-se que as admite. Geralmente os tratados trazem o procedimento e os limites da reserva, visando proteger o objeto principal da negociação, evitando reservas incompatíveis com a finalidade precípua do tratado.

As reservas e as objeções poderão ser retiradas a qualquer tempo por aquele que as apresentou – art. 22 da Convenção de Viena.

#### **4.2.2. Momento para sua ocorrência**

O jurista REZEK (2000, p. 66-67) faz algumas considerações com relação ao momento em que a reserva é realizada. Diz ele que a reserva poderá ocorrer à época da assinatura do tratado (consentimento renunciativo), onde dependerá de confirmação, ou, no momento da ratificação ou da adesão (consentimento definitivo). A grande diferença estaria no fato de que no consentimento renunciativo os demais Estados pactuantes já tomariam ciência da reserva antes da ratificação interna, o que eliminaria o chamado *fator surpresa*. Da mesma forma, nas duas hipóteses é possível a objeção dos demais Estados.

#### **4.2.3. Condições de Validade**

Para que produza seus efeitos a reserva precisa ser apresentada por escrito pelo representante do Estado pactuante que pretende realizá-la. Assim sendo, a reserva será sempre efetivada pelo Chefe do Poder Executivo ou por seu representante, não podendo ser elaborada pelo Poder Legislativo no momento da aprovação do tratado. Além disso, a reserva só terá eficácia prática se for aceita pelos demais Estados pactuantes.

A objeção dos demais Estados também deverá ser apresentada por escrito (art. 23, § 4º, da Convenção de Viena), num prazo fixado pela doutrina em 12

(doze) meses, contados da comunicação da formulação da reserva. O efeito jurídico da apresentação da objeção é bem descrito na doutrina de MELLO (1997, p. 229):

*“Efeitos legais das reservas e objeções: ela modifica o tratado entre o que apresentou e o que aceitou a reserva. A modificação opera para ambos os Estados: é o princípio da reciprocidade. Se um Estado objetar a uma reserva, mas não se opõe à entrada em vigor do tratado entre ele e o que apresentou a reserva, ‘os dispositivos a que se refere a reserva não se aplicam entre os dois Estados’. A reserva não modifica o tratado entre os demais contratantes”.*

Parte da doutrina defende que se a reserva for expressamente permitida no tratado internacional, a aceitação dos membros pactuantes não é condição de validade da reserva, por força do previsto no art. 20, § 1º, da Convenção de Viena:

*“Uma reserva expressamente autorizada por um tratado, não requer qualquer aceitação posterior pelos outros Estados contratantes, a não ser que o tratado assim disponha”.*

A corrente que defende que nem todas as reservas precisam ser aceitas pelos membros pactuantes baseia-se também no fato da Convenção de Viena tratar da objeção à reserva e de seus efeitos. Ora, se a aceitação dos outros Estados fosse imprescindível em todos os tratados, não haveria a possibilidade de fazer objeção e, mesmo existindo esta, a possibilidade do tratado entrar em vigor (o tratado só não entrará em vigor havendo objeção se assim se manifestarem os Estados pactuantes).

Assim sendo, predomina o entendimento de que a aceitação de todos os membros só ocorrerá nos casos em que o tratado expressamente exigir. Há, porém, uma exceção, ou seja, quando a reserva se referir a assunto capaz de alterar o objeto e a finalidade do tratado. Nesse caso, a aceitação de todos os membros será obrigatória.

Não havendo previsão expressa da possibilidade ou não das reservas no tratado, estas poderão ser feitas, bem como as objeções. Entende-se que a norma restritiva deve estar no bojo do tratado.

#### **4.2.4. Características das Reservas**

A reserva é um fenômeno característico dos tratados internacionais multilaterais. Isso acontece porque nos acordos bilaterais a negociação é direta e só ocorre a assinatura depois que as partes estiverem em total harmonia de vontades.

Além desta característica marcante da reserva, outras três podem ser apontadas:

- a) sempre ocorrerá após a elaboração definitiva do texto do tratado;
- b) o Estado pactuante que apresentá-la ficará em uma condição especial, ou seja, o tratado produzirá efeitos diferenciados para ele;
- c) a reserva sempre aparecerá como condição para que o Estado permaneça na negociação, ou seja, sem ela não há negociação.

#### **4.2.5. Proibições**

A maior proibição existente com relação às reservas é o fato de que elas jamais poderão ser formuladas com o intuito de modificar o objeto ou a finalidade do tratado. Além disso, a reserva não poderá ser formulada quando houver proibição expressa no tratado.

#### **4.2.6. As Reservas no Âmbito Interno**

As reservas não podem ser apresentadas em âmbito interno, ou seja, pelo Congresso Nacional no momento em que analise o tratado para sua ratificação. Cabe ao Congresso rejeitar ou aceitar o tratado internacional assinado pelo Chefe do Executivo na sua totalidade, não cabendo nenhum tipo de ressalva.

O professor MAZZUOLI (2001, p. 57) cita o entendimento do doutrinador FRANCISCO CAMPOS:

*“O Poder Legislativo, como é óbvio, não pode alterar, emendar ou modificar os tratados celebrados pelo Presidente da República, de maneira que, no caso, a sua função consiste tão somente em rejeitar ou aprovar os tratados pelo Presidente da República submetidos à sua deliberação. Se ocorre a rejeição, esta não será, evidentemente, objeto de um texto legislativo suscetível de sanção e de promulgação; se ocorre a aprovação, não haverá como submetê-la à sanção do Presidente da República, pois se trata de um tratado precisamente por ele celebrado, e sobre o qual não se pode obviamente, admitir que o Presidente venha a exercer a sua prerrogativa de veto, somente em vista de cujo exercício a Constituição lhe comete em regra a competência de sancionar as deliberações do Poder Legislativo”.*

Assim sendo, se o Congresso Nacional manifestar o desejo de apresentar alguma ressalva ao acordo assinado pelo Chefe do Executivo, deverá fazê-lo através da rejeição total do referido acordo internacional. Deste modo permitirá que o acordo seja renegociado pelo Presidente da República ou por seu representante e, conseqüentemente, passe por uma nova análise para ratificação no Congresso Nacional.

#### **4.2.7. As Reservas e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos**

Há doutrinadores que defendem a proibição das ressalvas nos tratados internacionais de direitos humanos. Baseiam-se na idéia de que tais tratados trazem normas de proteção aos direitos individuais e coletivos, não cabendo aos Estados pactuantes produzir nenhum tipo de reserva capaz de limitar os direitos humanos.

Acontece, que tal proibição está presente em todo e qualquer tratado, já que uma ressalva dessa natureza acabaria por alterar o objetivo do tratado internacional, de tal sorte que essa idéia está hoje superada internacionalmente. É o que demonstra JOÃO GRANDINO RODAS, citado por MAZZUOLI (2001, p. 52):

*“A inevitabilidade das reservas foi reconhecida pela Corte Internacional de Justiça, no Parecer exarado em 1951, sobre as Reservas à Convenção Contra o Genocídio, vez que assuntos políticos de magnitude passaram a ser reduzidos a simples artigos de convenções multilaterais. Tal parecer asseverou, por maioria,*

*que um Estado pode ser considerado parte de um tratado, mesmo frente à objeção de outros partícipes, desde que a reserva por ele formulada seja compatível com a finalidade e objeto do tratado. Pior seu turno, o Estado objetante pode considerar como não-parte o autor da reserva”.*

### **4.3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto neste capítulo, é perfeitamente possível concluir que os tratados internacionais, de modo geral, não produzem os efeitos que deveriam produzir no Brasil. Os tratados nada mais são que normas informativas, incapazes de produzir qualquer efeito prático relevante. Isto ocorre pelo fato de ter o Supremo Tribunal Federal adotado a idéia de que os tratados internacionais devem adentrar no sistema brasileiro como lei ordinária. Esta, como já analisado, não tem o condão de alterar os dispositivos constitucionais e pode ser revogada a qualquer tempo por uma nova lei tratando sobre o mesmo assunto.

A grande verdade, porém, é que o Supremo Tribunal Federal preferiu minimizar os efeitos das normas internacionais, mantendo a segurança jurídica interna. A intenção foi de evitar que as tais normas, muitas vezes incompatíveis com a realidade brasileira, tivessem o poder de alterar a realidade jurídica interna de um momento para outro sem prévio aviso. É bem verdade que as normas internacionais sofrem todo um processo interno até a ratificação definitiva, o que teoricamente deveria evitar a entrada em vigor de normas incompatíveis com o ordenamento pátrio. Ocorre, que não é essa a prática, e o Poder Judiciário sabe disso. Erros ocorrem na elaboração das leis brasileiras, imagine em um processo de ratificação! Limitar a eficácia das normas internacionais foi a forma encontrada pelo Poder Judiciário Brasileiro, leia-se Supremo Tribunal Federal, para controlar os possíveis equívocos do Poder Legislativo.

Poderá ocorrer a idéia de que se está limitando os direitos individuais e coletivos por existir erro no sistema brasileiro. Pode até ser, mas antes evitar a eficácia plena de uma disposição constitucional do que permitir que esta entre no ordenamento produzindo efeitos e danos, às vezes, irreparáveis. Até porque, se o Legislador brasileiro verificar que tal norma é realmente benéfica, poderá

perfeitamente providenciar, se for o caso, a emenda constitucional. O que não se admite em nenhuma hipótese é que a Constituição Federal sofra alterações sem que haja um procedimento legal, por ela previsto, como defendem aqueles adeptos da teoria de que os tratados de direitos humanos possuem força constitucional. Seria considerar a idéia de que a Constituição pode ser alterada a cada tratado ratificado pelo Brasil, trazendo uma total insegurança jurídica. A segurança jurídica que é, sem dúvida, uma das maiores garantias individuais criadas pela Carta Excelsa.

É importante ressaltar, que a possibilidade de se fazer reservas não melhora a situação apresentada. É verídica a afirmação de que trariam estas a possibilidade de se retirar do tratado àquilo que não se mostra compatível à realidade do Estado que está ratificando o tratado. Acontece, que como já citado acima, o sistema brasileiro é, sem dúvida, falho. Havendo reservas ou não os problemas continuariam a existir, já que poderia ocorrer a hipótese da reserva não ser capaz de evitar os prejuízos ao ordenamento jurídico e, ainda, delas não serem apresentadas quando deveriam. Sem contar, que o próprio objetivo do tratado pode ferir diretamente disposição constitucional. Nessa hipótese, a reserva sequer pode ser apresentada.

A opção do STF de proteger o ordenamento jurídico interno tem seus fundamentos. É muito fácil alegar que o direito internacional deve prevalecer quando em confronto com o direito interno e dar a ele até força constitucional, porém, é difícil fazer com que isso ocorra sem causar prejuízos na prática. Trata-se de proteger inclusive a soberania do Estado brasileiro.

Não há dúvida de que existe a necessidade das negociações entre os Estados. Entretanto, é preciso considerar que os países não se apresentam de forma igualitária internacionalmente. Alguns possuem uma influência internacional muito maior, o que pode fazer com que aquilo que está disposto no acordo represente a necessidade desses poucos e não a realidade dos demais. Seria um absurdo admitir que tais normas, só porque são de caráter internacional, tenham o poder de alterar a Constituição Federal.

O constituinte originário ao elaborar o art. 5º, § 2º tinha a intenção de esclarecer que os tratados internacionais também são fontes de direito, o que não significa que possuem força de norma constitucional. Como já afirmado, cabe ao legislador brasileiro criar leis e emendar a Constituição Federal. Este o fará, se achar que o disposto no tratado internacional merece adentrar na Carta Magna.

Outro ponto deve ser observado. O fato de atribuir força constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos não significa que dará a estes efetividade. Como sabemos, muitos direitos descritos em nossa Constituição não foram aplicados até hoje, quinze anos depois da sua promulgação. Infelizmente muitos direitos são ainda mera utopia no Brasil. O fato de serem constitucionais lhes dá apenas um respeito teórico maior, mas não garante que serão praticados. Assim, é possível afirmar novamente: no Brasil a teoria nunca é igual à prática.

Cabe aqui uma observação importante: o Brasil é hoje o país que mais ratifica tratados internacionais. Muitos deles sequer produzem efeitos internamente, mas representa a preocupação do Estado brasileiro em garantir os direitos de seus cidadãos.

## 5. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A COMUNIDADE INTERNACIONAL

### 5.1. INTRODUÇÃO

O texto abaixo transcrito faz parte de uma reportagem escrita por CAVALCANTE (2001), publicada pela Revista Super Interessante. Ela demonstra bem o que será tratado neste capítulo, ou seja, o conflito entre as várias culturas e crenças mundiais e a questão de se saber qual delas deve prevalecer quando se conflitam. A discussão vai além, já que muitos defendem que na verdade deve prevalecer a chamada *ética universal*, sendo esta os princípios que devem ser respeitados por qualquer país independente de sua cultura e religião.

*“No meio de uma conversa de bar, um amigo conta que acabou de voltar de um país do Oriente Médio onde as mulheres não podem expor o rosto nas ruas e as adúlteras são punidas com pedradas em praça pública. Na mesma linha de citações de “costumes exóticos”, alguém diz que conhece uma aldeia indígena que obriga os meninos a passarem por um doloroso rito de passagem para a vida adulta: ele têm que colocar a mão numa cumbuca de palha cheia de formigas gigantes que picam suas peles até sangrar – uma prova de que suportam a dor e se tornaram homens. Outro amigo, médico, desata a falar mal da religião de um dos seus pacientes que é contra a transfusão de sangue em nome de uma pureza espiritual. A essa altura, o clima cordial da conversa muda e alguns ficam visivelmente agressivos no ataque a esses costumes. Para complicar a situação, aparece alguém defendendo a tese de que o que parece absurdo e inevitável para nós pode ser perfeitamente normal para os outros: afinal, **se os valores morais variam de povo para povo são diferentes e devem ser respeitados, quem somos nós para julga-los?**” (destaque nosso)*

Antes de adentrar ao título acima proposto, é preciso que se faça algumas observações. O problema de se efetivar os direitos humanos tratados nos acordos internacionais não é característica apenas do sistema jurídico brasileiro. Trata-se de uma preocupação internacional, já que muitos países sequer admitem respeitar as normas pactuadas internacionalmente, situação muito mais grave do que a apresentada no Brasil.

Nós veremos que a base de toda a discussão está em preservar a soberania do Estado, bem como sua cultura e suas tradições. Para alguns países os direitos trazidos pelos tratados não podem de forma alguma ferir as normas

respeitadas internamente (todas elas, inclusive as normas morais e de conduta social, que muitas vezes não estão na legislação escrita do país).

## 5.2. TEORIAS: RELATIVISMO CULTURAL *VERSUS* UNIVERSALISMO

A teoria do **universalismo** tomou corpo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e baseia-se na idéia de que alguns direitos são inerentes a todos os seres humanos, sendo superiores a qualquer norma escrita. Esses direitos estariam acima de qualquer nacionalidade, cultura ou religião. Representam os direitos mínimos de cada indivíduo em qualquer parte do mundo.

O universalismo é a característica mais importante dos direitos humanos, afinal, é ele que dá aos direitos humanos a força para se impor perante toda soberania. Em qualquer país, todo ser humano tem que ter garantido seus direitos mínimos, que decorrem de sua própria natureza.

Essa teoria é brutalmente combatida ainda hoje por vários países. Todos eles se baseiam em uma única afirmativa: como é possível um grupo restrito de países (predominantemente países de cultura ocidental) ditar aos demais países quais são os valores que estes devem respeitar? Cada país possui suas normas e cabem aos demais países respeitá-las. Essa é a idéia da chamada teoria do **relativismo cultural**.

A teoria do relativismo é defendida principalmente pelos países ocidentais, já que muitos deles não participaram da elaboração da Declaração Universal, apesar de serem hoje seguidores dela. Para eles, a Declaração possui traços predominantes da cultura ocidental, de modo que se torna inviável aplicá-las aos países orientais, afinal, as culturas e tradições dos dois pólos mundiais são completamente diferentes. Nas palavras da professora PIOVESAN (1997, p.197):

*“Para os relativistas, a noção de direitos está restritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade. Neste prisma, cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. Neste sentido, acreditam os relativistas, o pluralismo cultural impede a formação de uma moral universal, tornando-se necessário que*

*se respeite as diferenças culturais apresentadas por cada sociedade, bem como seu peculiar sistema moral”.*

Continua ainda a doutrinadora apresentando o entendimento dos universalistas:

*“(...) a posição relativista revela o esforço em justificar graves casos de violação dos direitos humanos que, a partir do sofisticado argumento do relativismo cultural, ficariam imunes ao controle da comunidade internacional”.*

Nas palavras de NETTO (2001):

*“Não há dúvida, é cediço, de que esta visão tutelar do ser humano tem como berço o mundo ocidental. A fonte única e primária das idéias de liberdade individual, democracia, direitos humanos bem como de outras prerrogativas do gênero é, irretorquivelmente, o ocidente ou, mais precisamente, a Europa. Isto não permite se inferir, contudo, que as demais nações não devem adotá-las e reforçá-las apenas por este motivo. Esse tipo de rivalidade e preconceito, infelizmente, tem sido muitas vezes o grande fator inibidor da adoção de um sistema cosmopolita de proteção ao ser humano que auferisse ressonância universal. O que demanda, conseqüentemente, sua incontinente eliminação, em prol da própria humanidade, que ruma para o terceiro milênio sequiosa da consolidação de um mundo mais justo, apoiado na harmonia entre os povos”.*

Mas não são só os países orientais que ignoram os direitos declarados nos tratados internacionais. Os Estados Unidos, por exemplo, que é membro permanente da Organização das Nações Unidas, é considerado um dos países que mais aplica a pena de morte, que fere, sem dúvida, o maior direito de qualquer ser humano: a vida. Isso serve para demonstrar que os países aplicam em seu território aquilo que lhes é conveniente, afinal não há um órgão superior capaz de obrigá-los a agir de forma diferente.

É possível notar que as correntes possuem posicionamentos totalmente diversos e ambos possuem argumentos palpáveis, dignos de respeito. Essa igualdade de forças é o que dificulta a aplicabilidade das normas internacionais. Não há ainda uma força internacional capaz de obrigar uma nação a cumprir aquilo que foi pactuado internacionalmente. Enquanto permanecer esse tipo de discussão, pouco poderá ser feito em face daqueles que descumprem principalmente a obrigação de fazer valer os direitos humanos.

Por outro lado, a idéia acima citada do jornalista CAVALCANTE deve ser analisada. Aquilo que para nós pode ser considerado violação aos direitos humanos para aqueles que vivem sob aquela tradição ou cultura não é. Na verdade, passará a ser violação aos direitos humanos no momento em que for obrigado a não mais praticar determinada conduta por força de uma norma internacional.

O entendimento esposado por PIOVESAN (1997, p. 172) é o mesmo daqueles que estudam os direitos humanos internacionalmente: deve prevalecer o universalismo dos direitos humanos em qualquer situação:

*“Mais uma vez, reforça-se a concepção universal dos direitos humanos e a obrigação legal dos Estados de promover e respeitar os direitos e liberdades fundamentais. Reitera-se a idéia de que a forma pela qual um Estado trata seus nacionais não se limita à sua jurisdição reservada. A intervenção da comunidade internacional há que ser aceita, subsidiariamente, em face da emergência de uma cultura global que objetiva fixar padrões mínimos de proteção dos direitos humanos”.*

Apesar dos doutrinadores defenderem a idéia do universalismo, a prática não se mostra tão fácil como a teoria. Muitos países insistem e são irredutíveis na idéia de não aceitar o disposto nos tratados internacionais. E esse quadro dificilmente sofrerá alterações a pequeno e médio prazo.

### **5.3. O PAPEL DA ONU E DAS DEMAIS ENTIDADES INTERNACIONAIS**

A Organização das Nações Unidas foi criada em 1945 logo após o fim da Segunda Guerra Mundial. Era um momento histórico onde se necessitava de uma organização forte e imparcial capaz de garantir os direitos humanos mínimos aos cidadãos, direitos estes que foram brutalmente desconsiderados e desrespeitados durante a Segunda Guerra Mundial. Para tanto, em dezembro de 1948, a Assembléia Geral da ONU adotou a **Declaração Universal dos Direitos do Homem** como seu principal documento visando propagá-lo e colocá-lo em prática em todo o mundo.

A idéia principal era a de vincular os Estados pactuantes àquilo que era decidido e ordenado pela ONU. Segundo lição de SOUZA (2003):

*“(...) Toda organização, mesmo parcial, da sociedade internacional implica, necessariamente, em uma hierarquia de normas onde as regras fundamentais das instituições se sobrepõe às regras particulares que os membros da sociedade entre si convencionam. Admitindo-se tal princípio, por consequência, os Estados ficam obrigados a respeitar tal hierarquia das normas internacionais, o que significa dizer que os Estados se encontram limitados no tocante à expressão de sua vontade por força de uma impossibilidade jurídica”.*

A vinculação foi a única forma encontrada pelos integrantes da ONU para fazer com que os demais Estados passassem a respeitar o disposto internacionalmente, principalmente aquilo referente aos direitos humanos.

Além da função essencial de proteção aos direitos humanos cabe também à ONU manter a paz e a segurança internacional. Essa atividade é exercida pelo chamado Conselho de Segurança, que tem como integrantes permanentes a França, a China, os Estados Unidos, a Rússia e a Inglaterra. Segundo escol de SOUZA (2003):

*“(...) apenas o Conselho de Segurança da ONU tem a capacidade jurídica de determinar qualquer ação militar que tenha por objetivo a manutenção da paz, e essa determinação deve ser expressa”.*

Como é possível verificar, o controle da paz mundial e dos direitos humanos está nas mãos da ONU. Acontece, que muitos países ainda não respeitam aquilo que é ordenado pelas Nações Unidas por não acreditarem em sua imparcialidade. A ONU também enfrenta limitações para exercer suas funções internacionalmente. Para entrar em determinado território, por exemplo, é preciso que tenha autorização do país a quem ele pertence. A entidade que deveria ser independente e acima de qualquer soberania não tem ainda a força supra estatal que seus membros desejam.

Essa limitação de atuação que a ONU encontra tem íntima relação com o poderio e a influência norte-americana internacionalmente (que por ser membro permanente do Conselho de Segurança da ONU não pode sofrer intervenção de

nenhuma espécie por parte da Corte Internacional de Justiça). Muitos países consideram a ONU uma representante dos interesses norte-americanos. Isto ocorre porque em muitas ocasiões a ONU simplesmente foi incapaz de evitar que os Estados Unidos agissem internacionalmente como se fosse dono de toda razão, veja-se o ocorrido no Iraque. Para estes países desrespeitar a ONU significa demonstrar oposição aos Estados Unidos.

No caso da invasão ao Iraque, os Estados Unidos, juntamente com a Grã-Bretanha, desrespeitaram não só os pareceres da ONU, mas também de grandes personalidades internacionais, como a Comissão Internacional de Juristas, composta por sessenta grandes juristas que representam os diversos sistemas legais de todo o mundo (o membro brasileiro é o ilustre jurista Dalmo de Abreu Dalari). Dois pareceres foram elaborados por esta Comissão, um anterior ao início da Guerra e outro posterior, ambos em defesa dos direitos humanos e do direito à paz mundial. O professor QUEIROZ (2003) apresenta os dois pareceres, *in verbis*:

*“ O primeiro comunicado à imprensa, ocorreu em 18 de março de 2003, com o seguinte conteúdo:*

*"Hoje, a Comissão Internacional de Juristas – CIJ expressa sua profunda consternação pelo fato de que alguns Estados estejam prontos para empreender uma invasão ao Iraque, o que, à luz do direito internacional, constituiria uso ilícito da força e uma guerra de agressão. Estados Unidos, Reino Unido e Espanha indicaram sua intenção de usar a força contra o Iraque, apesar de não contar para isso com uma resolução do Conselho de Segurança. Não existe outra base legal admissível para esse ataque que uma resolução. Sem autorização do Conselho de Segurança, nenhum Estado tem o direito de usar a força contra outro estado, salvo em caso de legítima defesa contra um ataque armado. "Esta norma foi incluída na Carta das Nações Unidas em 1945 por uma boa razão: para evitar o uso arbitrário da força pelos Estados", comentou o Secretário Geral da CIJ, Louise Doswald-Beck.*

*Uma guerra empreendida sem mandato inequívoco do Conselho de Segurança chegaria a constituir uma violação flagrante da proibição do uso da força. A Resolução 1441 do Conselho de Segurança não autoriza o uso da força. Quando foi adotada essa resolução, três membros permanentes do Conselho de Segurança, França, Rússia e China, declararam que a resolução exclui tal autorização. A realidade é que, para o uso da força, são necessários os votos de nove membros do Conselho de Segurança, incluindo os cinco Estados permanentes: na presente situação, o uso da força carece claramente desse respaldo.*

*Na opinião do conselheiro jurídico da CIJ, Ian Sederman: "não há dúvida de que o Iraque foi responsável por violações em massa e sistemáticas dos direitos humanos. Apesar disso, essas graves violações não constituem, por si mesmas, base legal para o uso da força. O método apropriado para responder a*

*essas violações em massa e sistemáticas consiste em qualificá-las de crimes internacionais e em fortalecer os mecanismos internacionais, como o Tribunal Penal Internacional".*

*A competência do Conselho de Segurança para autorizar o uso da força não é ilimitada. Só pode autorizá-la para "manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais". Como bem entendem os Estados que se opõem á guerra, a determinação de uma ameaça à paz e à segurança internacionais deve fundar-se em critérios objetivos mínimos. As provas apresentadas pelos Estados que propugnam pela guerra não são convincentes.*

*Por isso, a Comissão Internacional de Juristas insta os Governos dos Estados Unidos, do Reino Unido, da Espanha e dos demais países, ainda nesta hora tardia, que reconsiderem suas opções políticas e renunciem ao uso ilícito da força contra o Iraque".*

*O segundo comunicado à imprensa da Comissão Internacional de Juristas se deu no dia 20 de março de 2003, assim lançado:*

*"Agora que o ataque militar começou, é imperativo que os Estados tomem cuidado para não praticarem atos ilegais uns contra os outros. Cada parte tem a obrigação de seguir o direito humanitário e as prescrições de direitos humanos adotados nas Convenções de Genebra de 1949, outros instrumentos internacionais relevantes e o direito internacional consuetudinário. No particular, o fato do Iraque ter sido ilegalmente invadido não o exime de respeitar escrupulosamente o direito internacional humanitário e os direitos humanos. Estados que não estão tomando parte nas hostilidades, devem beneficiar-se e respeitar as regras de neutralidade. Neste caso, não podem autorizar uso de seus territórios para fins militares nem podem sofrer ataques.*

*Os beligerantes estão obrigados a tratar com humanidade todas as pessoas em seu poder. Nenhuma pessoa que esteja se rendendo pode ser atacada. As partes envolvidas no conflito devem tomar especial cuidado para distinguir objetivos militares de pessoas e objetos civis, que não podem ser objeto de ataque. A CIJ gostaria de enfatizar que todos os Estados devem observar escrupulosamente regras que proíbem ou limitam uso de certas armas. Nenhuma arma excessivamente cruel ou, por natureza, que não discrimine suas vítimas, pode ser usada, mesmo que não seja objeto de tratado proibitivo.*

*A Comissão está particularmente preocupada com notícias de que algumas partes podem estar admitindo uso de agentes químicos. Para os Estados-parte da Convenção sobre Armas Químicas, uma interpretação restritiva é indispensável. Além disso, o Protocolo de Genebra de 1925 e o costume internacional proíbem terminantemente o uso de armas químicas.*

*O Secretário-Geral da Comissão, Louise Doswald-Beck, disse: "Esperamos que essas regras não sejam objeto de tratamento desdenhoso que alguns Estados participantes têm devotado à Carta da ONU".*

*Destaca a Comissão a absoluta proibição de crimes de guerra ou crimes contra a humanidade. Crimes que tais ensejam responsabilidade de todos os envolvidos, desde chefes políticos até o soldado raso. Todos os Estados estão obrigados a assegurar que pessoas suspeitas de crimes desse tipo sejam processadas. Estados-parte do Estatuto de Roma que processem essas pessoas, deverão entregá-las ao Tribunal Penal Internacional".*

Toda essa confusão se deu por culpa dos próprios integrantes da ONU que permitiram sem tomar nenhuma atitude as ações norte-americanas. Há, porém, outro ponto a se relevar, ou seja, mesmo que a ONU quisesse impedir as ações norte-americanas não teria como fazê-lo. Repito mais uma vez: não há nenhum meio coercitivo internacional capaz de impedir ou obrigar um Estado a fazer ou deixar de fazer determinada coisa. Enquanto permanecer desta forma, caberá à ONU apenas o papel de fiscalizar aquilo que não é capaz de impedir.

As dificuldades encontradas pela ONU para agir internacionalmente levaram ao surgimento de outras organizações internacionais, que tentam de forma mais específica resolver alguns problemas de caráter internacional. Essas organizações possuem também personalidade jurídica internacional e muitas vezes conseguem ser mais eficazes que a ONU por serem consideradas imparciais. Possuem uma maior facilidade em agir dentro de determinados territórios, muitas vezes hostis com a presença das Nações Unidas.

A própria ONU criou entidades com funções específicas que fossem capazes de agir mais diretamente dentro dos Estados soberanos, como a UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância e a UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. Além dessas organizações internacionais outras possuem bastante destaque: a OMS – Organização Mundial da Saúde, a OTAN – Organização do Tratado do Atlântico Norte, a OPEP – Organização dos Países Exportadores de Petróleo, a OIT – Organização Internacional do Trabalho, dentre outras.

Apesar do caráter específico e da maior facilidade para agir internacionalmente, as organizações internacionais também encontram dificuldades como aquelas apontadas no caso da ONU. Mas são, sem dúvida alguma, um grande passo para efetivar os direitos humanos nos países onde exercem suas funções, além de auxiliar a ONU em muitas de suas atribuições internacionais.

## **5.4. O SURGIMENTO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E SUA EFICÁCIA**

### **5.4.1. O Tribunal de Nuremberg**

Antes de adentrar na análise do Tribunal Penal Internacional é preciso de se analisar, mesmo que de forma restrita, seu maior precedente histórico, ou seja, o conhecido Tribunal de Nuremberg, criado em 1945, pela Carta de Londres, com o intuito de julgar e condenar os nazistas responsáveis pelas atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial.

O Tribunal de Nuremberg surgiu com características peculiares, já que havia sido criado após a ocorrência dos delitos (*ex post facto*) e com a finalidade exclusiva de julgar pessoas determinadas (*ad personam*). Estas características, por sua vez, fizeram com que muitas críticas surgisse contra o tribunal, já que era considerado por muitos Estados um tribunal de exceção, que feria diretamente o princípio da legalidade.

A legitimidade do Tribunal foi defendida por grandes doutrinadores internacionalistas, que se basearam na idéia de ele havia sido criado para aplicar as normas já aceitas internacionalmente (*costumeiras*), mesmo não havendo tratados internacionais sobre o assunto. O objetivo do Tribunal, ou seja, punir os criminosos de guerra, estava acima de qualquer ilegitimidade.

O Tribunal era composto por 4 juízes titulares e 4 suplentes, indicados pelos Estados Unidos, França, Inglaterra e URSS e sua presidência não era fixa. A acusação tinha a tarefa de provar que os réus praticaram todas os delitos contra a humanidade durante o período de guerra de forma espontânea, ou seja, que podiam optar por fazer parte da organização nazista, não havendo em nenhum momento essa obrigação por parte do Partido Nazista. Além disso, precisou-se provar também que todos sabiam dos objetivos ilícitos das atividades que exerciam.

Foram julgados 24 membros do alto escalão do Partido Nazista, sendo a maior parte deles condenados à morte ou à prisão. O veredicto foi dado em 01 de outubro de 1945, na mesma oportunidade em que foi apresentado o chamado Código de Nuremberg, onde se fixou uma advertência internacional em relação à ética no que envolve a pesquisa com seres humanos, já que a pesquisa com humanos foi uma das práticas mais absurdas ocorridas durante o regime nazista.

O Tribunal de Nuremberg trouxe uma grande contribuição para a idéia de se criar tribunais internacionais responsáveis em julgar crimes contra a humanidade, mesmo não tendo ainda o caráter de permanência.

#### **5.4.2. O Tribunal Penal Internacional**

A concepção de um tribunal permanente para julgar crimes de guerra tomou corpo em 1948 na Convenção para Repressão e Prevenção do Crime de Genocídio, quando as Nações Unidas incumbiram seus especialistas de debater a criação de um tribunal criminal internacional permanente. As conclusões a que eles chegaram foram tornadas públicas em 1950, mas esta corte não vingou.

A Assembléia Geral na época formou uma Comissão, mediante a resolução 177 de 21 de novembro de 1947, para permitir a criação de uma jurisdição criminal internacional, de uma Câmara Criminal na Corte internacional de Justiça e para copilar os Crimes contra Paz e a Segurança da Humanidade. No decorrer da Guerra Fria essa idéia foi esquecida, mas com seu fim, foi recuperada porque os países recém emancipados, e de imensa carga ideológica, tinham fortes tendências nacionalistas o que fez com que começassem a surgir conflitos étnicos, políticos-geográficos, e religiosos que colocavam em risco a paz mundial.

O projeto de estatuto de uma corte penal internacional foi confeccionado em 1951 e alterado em 1953. Em 1954 o projeto do Código foi tornado inviável

pela Resolução 897, de 4 de dezembro de 1954, por não haver acordo sobre o conceito de um dos delitos puníveis: a agressão. Em 1989 e 1990 a Assembléia Geral solicitou a Comissão que a comunicasse sobre a possibilidade de criar um tribunal criminal internacional para cuidar de crimes de tráfico de drogas, idéia que não se concretizou.

Em 1990 a Comissão de Direito Internacional demonstrou, perante a Assembléia Geral, apoiar um tribunal para processar os Crimes contra Paz e Segurança da Humanidade. Foi mais ou menos nesta época que emergiram os conflitos da antiga Iugoslávia e de Ruanda. A Assembléia Geral da ONU pediu que a Comissão permanecesse com seus trabalhos, depois disso realizou-se uma Conferência para habilitação do projeto de um estatuto para uma corte penal internacional e solicitação da chamada Conferência de Plenipotenciários para verificar os trabalhos e preparar uma Convenção para implantação do Tribunal Penal Internacional. No período de 1995 até 1998, a Assembléia Geral formou dois comitês que trabalharam por 13 semanas em Nova York, na sede da ONU, para dar origem ao Anteprojeto do Estatuto para o Tribunal Penal Internacional, essa tarefa foi completa em 13 de abril de 1998 quando começou a Conferência Diplomática de Plenipotenciários sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional.

Após várias discussões e tentativas para se criar um tribunal para punir aqueles que desrespeitassem o direito internacional e os direitos humanos, surgiu o Tribunal Penal Internacional (TPI). Foi instituído pelo Estatuto de Roma e aprovado em 17 de julho de 1998 pela Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas. Trata-se de uma tentativa da Organização das Nações Unidas (ONU) de fazer valer o direito internacional, principalmente no que se refere aos direitos humanos.

*“É um Tribunal supranacional, isto é, transcende as soberanias nacionais, com natureza complementar das jurisdições criminais nacionais, cujo objetivo final é o respeito quanto à execução da Justiça Internacional”. (COMISSÃO DE RELAÇÕES EXTERIORES E DA DEFESA NACIONAL, 2000, p. 11).*

Como se pode observar, o TPI surgiu com o objetivo de punir aquele que desrespeitar os direitos humanos, independentemente de sua nacionalidade. O

poder do Tribunal, pelo menos em sua origem, está acima das soberanias nacionais.

*“A criação de um tribunal internacional permanente para processar e julgar indivíduos acusados de cometer crimes que constituam infrações ao Direito Internacional, tais como os crimes de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão, constitui antiga aspiração da sociedade internacional”. (COMISSÃO DE RELAÇÕES EXTERIORES E DA DEFESA NACIONAL, 2000, p. 27).*

A doutrina de MAIA (2001, p. 61) afirma:

*“A adoção, em 1998, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional tem sido considerada um marco na história da humanidade na luta contra a impunidade, pois constitui uma antiga aspiração da comunidade internacional e vem suprir uma lacuna apontada pelos estudiosos do direito internacional”.*

A criação do Tribunal Internacional tem como objetivo, como demonstrado acima, punir os violadores do direito humanitário e dos direitos humanos. Esse foi, sem dúvida alguma, o maior passo na história do direito internacional.

Apesar da grandiosa idéia, alguns problemas surgiram. O primeiro deles foi o fato de que muitos países se recusaram a aceitar o TPI alegando ilegitimidade deste para agir, julgar e punir cidadãos em âmbito internacional. Veja os ensinamentos trazidos por DAHER (1999):

*“Não foi uma aprovação unânime já que, os Estados Unidos, por exemplo, não são firmatário, não quiseram um Tribunal absolutamente independente mas com poderes limitados e controlados pelo Conselho de Segurança da ONU. Ainda alegaram que sendo aquele que mais leva forças militares a operações de paz, quando se fazem necessárias, via de conseqüência, têm também mais direito de decidir, quando e se devem ou não, processar alguém. Estiveram acompanhados da China, da Rússia e da França”.*

Outro problema que surgiu para muitos países, inclusive para o Brasil, refere-se ao Estatuto que regulamenta o TPI. Muitas questões nele tratadas possuem interpretação totalmente diversa no direito interno desses países. São exemplos: a competência do TPI, a extradição de nacionais e a possibilidade de prisão perpétua. Abaixo as considerações de CALETTI (2003):

*“Em 7 de fevereiro de 2000 o Brasil assinou o Estatuto de Roma, mas só em 20 de junho de 2002 o ratificou. Essa demora se deu principalmente porque existem aparentemente grandes divergências entre o Estatuto de Roma e o Direito Brasileiro, a primeira delas diz respeito à extradição, proibida pelo art. 5º, LI e LII da Constituição Federal de 1998 e a segunda delas diz respeito à prisão perpétua, proibida pelo art. 5º, XL, VII, b também da Carta Maior de 1998.”*

Continua o doutrinador TOKANO (2001):

*“(…) ao aderir ao Estatuto de Roma, um Estado terá que, obrigatoriamente, consentir em aceitar a jurisdição complementar do TPI. A Corte teria competência originária para os crimes de guerra, genocídio, agressão e crimes contra a humanidade, e oriunda de tratados para outros delitos como os referentes ao narcotráfico, crime organizado e delitos contra o meio ambiente. Esse direito de ingerência, para o qual até se criou um princípio, denominado de princípio da complementaridade, baseia-se na assertiva de que o TPI não é uma jurisdição estrangeira, mas sim uma extensão do sistema jurídico nacional, ou seja, não atuaria contra o consentimento dos Estados, exceto nos casos em que a Justiça interna “falhasse”. Ora, chegamos aqui a um obstáculo quase que intransponível: a quem compete determinar a omissão da Justiça nacional? Baseado em quais critérios? O Brasil, por exemplo, aceitaria uma moção do TPI afirmando que os magistrados brasileiros teriam julgado errado? A ausência de resposta a esta questão somente confirma que aceitar o TPI nesses moldes, significa aceitar a interferência de uma jurisdição alienígena nos sistemas jurídicos nacionais, por mais que se tente sofismar o contrário.*

*Não é só isso. O Estatuto de Roma, em seu art. 77, vai de encontro com diversas legislações penais, inclusive a brasileira, ao prever a pena de prisão perpétua para condutas extremas. Não se pode conceber um sistema penal, de abrangência planetária, feito justamente para conter abusos contra a humanidade, que contemple a pena de prisão perpétua – que nada mais é que uma pena de morte permanente –, numa flagrante violação a princípios basilares de direitos humanos.*

*Outro ponto de difícil transposição é o que se refere à extradição. É sabido que nosso ordenamento jurídico a proíbe (totalmente em relação aos brasileiros natos e relativamente aos naturalizados). O Estatuto de Roma quis pregar uma peça nas legislações que rechaçam, regra geral, a extradição de seus nacionais, ao arguir o termo entrega, e não extradição. Fora o fato de que esta se dá entre Estados e aquela entre um Estado e um Organismo Internacional, no mais diferença não há. Resumindo, novamente os ordenamentos jurídicos internos teriam de ser modificados para consentir na ingerência de um Órgão externo sobre seus concidadãos”. (Grifos nosso).*

Conforme demonstrado acima, muitos problemas estão ainda sem solução. A efetividade do Tribunal depende de alterações importantes nas legislações de muitos países. Essas alterações, por sua vez, dificilmente ocorrerão em pequeno ou médio prazo, já que nenhum país admite alterar sua legislação interna somente para viabilizar um Tribunal que, na verdade, acaba por ferir parte de sua soberania. Mais uma vez o direito internacional esbarra na soberania dos Estados e a teoria não consegue se impor na prática.

### 5.4.3. O Procedimento no TPI

O TPI é composto por 18 juízes, que representam os vários sistemas legais e também os blocos culturais e econômicos. Possui, ainda a figura do Promotor. O sistema de funcionamento do tribunal envolve três fases: instrução, julgamento e recursal.

Na **primeira fase**, existe o chamado “juízo de admissibilidade”, onde o Ministério Público vai investigar os crimes ocorridos. Nesta fase, o Ministério Público realiza notificações, realiza exumações, levanta provas técnicas e promove todo o tipo de investigações que possam esclarecer os delitos. Ao término desta fase, haverá algo equivalente a uma sentença de pronúncia, pois o Promotor pedirá autorização para proceder ao julgamento dos acusados.

O artigo 17 do Estatuto trata dos pressupostos de admissibilidade para que o tribunal haja em cada caso, ele diz que o TPI só pode julgar um crime se o Estado onde ele ocorreu não queira ou não seja capaz de julgar os acusados. Trata-se do caráter complementar do tribunal. O Estatuto também está atento para a hipótese de existir procedimentos internos viciados, dirigidos de forma irregular por um país, ocasião em que a corte poderá intervir.

O Promotor, segundo a dicção do artigo 42 será eleito por voto secreto da maioria absoluta dos votos da Assembléia dos Estados - partes. Cabe a ele recolher informações comprovadas para examinar, investigar e exercer a ação penal junto ao tribunal, tudo dentro dos princípios de liberdade, de consciência e de imparcialidade. As investigações do TPI devem ser iniciadas pelo Procurador. Ele deverá nortear os trabalhos das autoridades policiais balizando-se nos ditames do artigo 53 do estatuto. Se achar necessário prosseguir a investigação por crer que há provas para gerar uma ação penal, deverá expor seus motivos a uma Câmara de Pré-Julgamento que avaliará e fiscalizará todo o procedimento de instrução. Sendo comprovadas as acusações, o indigitado será levado a juízo. O Conselho de Segurança da ONU e os Estados - partes também podem iniciar as investigações. O Conselho pode relatar uma situação ao TPI desencadeando sua

jurisdição e o Estado pode oferecer denúncia ao Promotor, que deve ser anexada aos elementos que comprovem dando assim impulso à investigação.

Todos os países que ratificaram o Estatuto de Roma podem apresentar denúncias contra seus cidadãos ou contra estrangeiros que tenham cometido arbitrariedades em seu território, e qualquer um, mesmo Chefes de Estado, podem ser alvo de acusações e julgamentos no TPI. Tanto o Conselho de Segurança da ONU quanto o promotor-chefe, assim como os Estados - partes tem legitimidade para oferecer casos ao TPI.

O Conselho pode até mesmo, obtendo consenso entre seus membros permanentes, suspender ou impedir que se inicie um julgamento, retardando-o por até 12 meses renováveis, desde que veja neste julgamento uma ameaça à estabilidade e à paz internacional. A Rússia, os EUA e a China têm 3 dos 5 votos permanentes do Conselho e embora não tenham ratificado o TPI exercem influência sobre ele.

Nesta primeira fase, além das pessoas acusadas dos crimes de genocídio, crimes de guerra ou ainda crimes contra a humanidade, o tribunal pode solicitar aos Estados detalhes, esclarecimentos e pode ser até mesmo chamado para dar um pronunciamento oficial sobre os fatos. É o único momento que o Estado tem a oportunidade de se manifestar durante o processo.

Na **segunda fase** ocorre o julgamento, onde todas as partes são ouvidas. O Estatuto de Roma permite inclusive que as vítimas sejam representadas. Criou-se um aparato, chamado unidade de proteção às vítimas e testemunhas, a fim de salvaguardar não apenas as vítimas, mas também as testemunhas.

Como o tribunal tem competência residual, nesta fase o Ministério Público pode provar que o julgamento realizado num determinado Estado foi uma fraude ou um simulacro, com a finalidade de evitar a Corte Internacional.

Os instrumentos penais e processuais penais começaram a ser utilizados no Tribunal de Nuremberg (criado para julgar os alemães após a Segunda Guerra

Mundial) e foram sendo aperfeiçoados, ou seja, melhorados com anexos que estabeleceram circunstâncias atenuantes e agravantes.

No tocante aos defensores, existem dois corpos distintos de defensores: a) os credenciados ou dativos e b) os representantes das vítimas e testemunhas.

Não existe polícia e toda a fase de investigação funciona com base na cooperação judicial internacional. Qualquer providência que se fizer necessária, o Tribunal solicitará à cooperação.

No tocante a previsão de pena, ou seja, obediência ao princípio da legalidade e da reserva legal. As penas são genéricas e serão fixadas de acordo com o caso concreto. Os juízes inclusive levarão em conta os sistemas penais existentes nos Estados dos acusados.

A **terceira fase** do sistema de funcionamento é a recursal. A revisão, aliás, pelo estatuto é um ato de ofício, ou seja, periódico, a fim de avaliar a situação. O objetivo é verificar se existe a possibilidade de diminuir a pena. Conforme preconiza o artigo 77, as penas aplicáveis são prisão perpétua, prisão máxima de 30 anos, multa, perda de produtos, bens e haveres provenientes do crime. O condenado pode apelar para que seu processo seja reavaliado e sempre que surgir uma nova prova pode haver revisão criminal.

#### **5.4.3. Análise Final**

Provavelmente muitos países acabarão com o tempo aderindo e aceitando o TPI. Trata-se de uma entidade internacional capaz de proteger os direitos humanos no âmbito internacional, apesar de suas limitações. A conscientização dos Estados irá ocorrer na medida em que, infelizmente, outros acontecimentos firam de modo irreversível os direitos humanos de muitos. É preciso que cidadãos sofram algum tipo de violação para que se valorize o papel do Tribunal, exatamente como aconteceu na Segunda Guerra Mundial.

## 6. CONCLUSÃO

Depois de toda a análise apresentada, é possível exibir algumas conclusões referentes ao tema versado no trabalho em foro.

Apesar de toda a evolução ocorrida e demonstrada nesta pesquisa, muito ainda falta para ser feito com relação aos direitos humanos. A consciência de que é preciso se preocupar e proteger os direitos da pessoa humana já existe na maioria dos Estados do mundo. Acontece, porém, que os países onde ainda não se consolidou essa idéia são exatamente aqueles onde os direitos são constantemente violados.

A Declaração dos Direitos Humanos obteve êxito e surtiu efeitos. Acontece, porém, que tal êxito depende exclusivamente da vontade dos Estados soberanos, já que não há, ainda, meios internacionais capazes de obrigar os Estados ao cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos. Declarou-se, teoricamente, quais são os direitos humanos e o que deve ser feito para que estes sejam protegidos. Não se sabe, entretanto, como colocar toda a teoria construída durante todos esses anos em prática. A efetividade dos direitos humanos mostra-se hoje, sem dúvida alguma, como o maior problema internacional a ser solucionado.

A questão discutida neste trabalho vai além da chamada flexibilização da soberania. Muitos países assinam os tratados internacionais de direitos humanos, demonstrando, de certa forma, que permitem a limitação de sua soberania para fazer valer as normas alienígenas. Sem dúvida alguma a soberania estatal mudou, se adaptando à nova realidade internacional. Acontece, que tudo isso permanece na teoria, não há como dar efetividade às normas externas, é preciso contar com a vontade do Estado que assinou o tratado. A grande verdade é que se assina um pacto internacional para permanecer com um bom relacionamento

externo, com não há um meio efetivo para obrigar o Estado a cumprir os tratados, não há porque cumprir aquilo que foi pactuado.

Não há dúvida de que essa problemática já é de conhecimento de toda a comunidade internacional. Tanto é, que várias entidades mundiais surgem no âmbito planetário com a intenção única de ajudar na efetividade dos direitos dos cidadãos. Os tribunais internacionais também estão fazendo sua parte. Mesmo com um âmbito de atuação restrito (todos possuem competência específica a determinados casos), e muitas vezes criticados pelos Estados soberanos por serem considerados ilegítimos, estão fazendo valer os direitos por eles tutelados.

O importante, que deve ser constantemente ressaltado, é o fato de que os direitos humanos ainda não possuem eficácia, mas a comunidade internacional vem tentando de todas as formas fazer com que essa realidade mude com a maior rapidez possível. Infelizmente, essa não é a vontade de muitos Estados poderosos internacionalmente, que acabam por interferir diretamente neste propósito tornando-o cada vez mais distante.

Enquanto as entidades internacionais não tiverem autonomia para agir, de modo que os Estados não interfiram em seus objetivos, pouco será feito. É preciso, repito, que exista um órgão internacional, totalmente independente, capaz de obrigar os Estados a agir ou deixar de agir no âmbito internacional, visando sempre a proteção e a prevalência dos direitos humanos.

Demorará muito ainda para que os direitos humanos recebam o tratamento que realmente devem receber dos Estados. Enquanto for possível alegar a soberania interna em detrimento das normas de direito internacional, muitos direitos ainda serão violados.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, M. C. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

ARIOSI, M. **Conflito entre Tratados Internacionais e Leis Internas: o Judiciário Brasileiro e a Nova Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, Biblioteca de Teses, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CALETTI, C. **Os Precedentes do Tribunal Penal Internacional, seu Estatuto e sua Relação com a Legislação Brasileira**. Teresina: Jus Navegandi, 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3986>. Acesso realizado em: 02 ago, 2003.

CAVALCANTE, R. **Todo mundo tem razão?** São Paulo: Editora Abril, Revista Superinteressante, 2001. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/super/revista/reportag/0701/1663.html>. Acesso realizado em: 30 jul, 2001.

COMISSÃO DE RELAÇÕES EXTERIORES E DE DEFESA NACIONAL. **Tribunal Penal Internacional: Universalização da Cidadania**. Brasília, Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares da Universidade de Brasília, Câmara dos Deputados 2000.

COMPARATO, F. K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

COSTA, J. A. F. **Normas de Direito Internacional: Aplicação Uniforme do Direito Uniforme**. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

DOHER, M. P. **Tribunal Penal Internacional: o Estatuto**. Teresina: Jus Navegandi, 1999. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1636>. Acesso realizado em: 30 jul, 2003.

FILHO, G. de S. F. **Tratados Internacionais**. São Paulo: Editora LTr, Biblioteca Básico, 1999.

FILHO, M. G. F. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

FRAGA, M. **O Conflito entre Tratado Internacional e a Norma de Direito Interno**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

GRUPO DE TRABALHO DE DIREITOS HUMANOS. **Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade**. São Paulo: Centro de Estudos, Procuradoria Geral do Estado, Série Estudos, v. 11, out. 1998.

HERKENHOFF, J. B. **Curso de Direitos Humanos: Gênese dos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, v. 01.

MAGALHÃES, J. L. Q. de. **Direitos Humanos: Sua História, Sua Garantia e a Questão da Indivisibilidade**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

MAIA, M. **Tribunal Penal Internacional: Aspectos Institucionais, Jurisdição e Princípio da Complementaridade**. Belo Horizonte: Editora DelRey, 2001.

MAZZUOLI, V. de O. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

\_\_\_\_\_. **Tratados Internacionais**. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito Internacional: Tratados e Direitos Humanos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira**. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2001.

MEDEIROS, A. P. C. de. **O Poder de Celebrar Tratados**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

MELLO, C. D. de A. **Curso de Direito Internacional Público**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997, v. 01.

NETTO, S. de O. **Relativismo ou Universalismo das Leis sobre Direitos Humanos**. Teresina: Jus Navegandi, 2001. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2041>. Acesso realizado em: 28 abr, 2003.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3. ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 1997.

QUEIROZ, L. V. **Notas às Manifestações da Comissão Internacional de Juristas sobre a Invasão do Iraque**. Teresina: Jus Navegandi, 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4091>. Acesso realizado em: 08 out, 2003.

ROSA, P. T. R. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Teresina, Jus Navegandi, 1999. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1634>. Acesso realizado em: 10 ago, 2003.

REZEK, J. F. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

RIBEIRO, P. H. **As Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno: Conflito entre o Ordenamento Brasileiro e Normas do Mercosul**. Belo Horizonte: Editora DelRey, 2001.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, G. E. do N. & ACCIOLY, H. **Manual de Direito Internacional Público**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

SILVA, R. L. **Direito Internacional Público Resumido**. Belo Horizonte: Editora Inédita, 1999.

SILVA, R. L. **Direito Internacional Público**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora DelRey, 2002.

SOARES, G. F. S. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Atlas, 2002, v. 01.

SOUZA, S. A. G. P. de. **A Crise do Iraque e a Importância de Salvar a ONU para a Manutenção do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos**. Teresina: Jus Navegandi, 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3962>. Acesso realizado em: 17 jul, 2003.

TOKANO, T. **As Contradições do Tribunal Penal Internacional**. Teresina: Jus Navegandi, 2001. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2199>. Acesso Realizado em: 30 jul. 2003.

TRINDADE, A. A. C. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, v. 01.