



UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE ASUNCIÓN
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANÍSTICAS E DA COMUNICAÇÃO
DOUTORADO EM DIREITO INTERNACIONAL
MATÉRIA: INVESTIGAÇÃO TUTELADA
PROF. DR. GUSTAVO ABRAHAN AUADRE CANELA
ALUMNO: BENIGNO NÚÑEZ NOVO

TÍTULO: A IMPORTÂNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL NA ATUALIDADE

ASUNCIÓN, PARAGUAY

julho/2009

A IMPORTÂNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL NA ATUALIDADE

Benigno Núñez Novo*

RESUMO

Direito Internacional é o conjunto de normas que regula as relações externas dos atores que compõem a sociedade internacional. O Direito Internacional Público tem como missão o estabelecimento de uma norma jurídica internacional, ou seja, o respeito à soberania dos Estados, aos indivíduos e às suas peculiaridades. Por isso, muitos tratados e convenções são realizados, sempre com o propósito de aproximar os Estados. O Direito Internacional Privado tem como propósito indicar leis que regulem contratos firmados entre indivíduos de países diferentes, regular desordens entre Estados e particulares, indicando qual será a lei a ser utilizada para estabelecer uma relação, seja na esfera familiar – considerando as questões de alimentação, adoção, testamento, sucessões e contratual. Apesar de serem duas áreas pouco conhecidas, o Direito Internacional Público e Privado tem ganhado um impulso maior socialmente e mundialmente devido ao processo de globalização. Na verdade, o Direito Internacional permeia boa parte do nosso dia-a-dia. Sua relevância transcende a regulamentação das relações de Estados e de Organizações Internacionais e alcança, normalmente de forma silenciosa e invisível, a todos nós.

Palavras-chaves: Direito Internacional. Importância. Atualidade.

*Advogado, doutor em direito internacional, Universidad Autónoma de Asunción. E-mail: benignonovo@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

A vida em sociedade é permeada de conflitos interpessoais, e na sociedade internacional igualmente há tensões entre os atores, tendo em vista as inúmeras disputas entre os sujeitos, uma vez que há diferenças e interesses variados entre os mesmos. O Direito Internacional surgiu no momento da assinatura do Tratado de Westfalia, em 1648, na Idade Moderna, no qual fora reconhecida a Independência da Suíça e da Holanda. Embora boa parte dos juristas reconheça a existência de um direito internacional apenas a partir da Paz de Vestfália, marco histórico do Estado-nação moderno, é inegável que os povos da Antiguidade mantinham relações exteriores: comerciavam entre si, enviavam embaixadores, vinculavam-se por meio de tratados e outras formas de obrigação, e assim por diante.

A Igreja foi a grande influência no desenvolvimento do direito internacional durante a Idade Média. O papa era considerado o árbitro por excelência das relações internacionais e tinha a autoridade para liberar um chefe de Estado do cumprimento de um tratado.

A grande contribuição da Igreja durante o período medieval foi a humanização da guerra. Três conceitos, em especial, tiveram forte impacto naquela área: a Paz de Deus (pela primeira vez, no mundo ocidental, distinguia-se entre beligerantes e não-beligerantes, proibindo-se a destruição de colheitas e exigindo-se o respeito aos camponeses, aos viajantes e às mulheres); a Trégua de Deus (a suspensão dos combates durante o domingo e nos dias santos); e a noção de Guerra Justa, desenvolvida principalmente por Santo Ambrósio, Santo Agostinho e São Tomás de Aquino. A guerra seria justa caso fosse declarada pelo príncipe, tivesse por causa a violação de um direito e pretendesse reparar um mal. Ademais do juramento, já empregado na Antiguidade, os tratados medievais eram garantidos com a troca de reféns. A primeira Missão diplomática de caráter permanente foi estabelecida por Milão junto ao governo de Florença, no final da Idade Média.

A Idade Moderna vê nascer o direito internacional tal como o conhecemos hoje. Surgem as noções de Estado nacional e de soberania estatal, conceitos consolidados pela Paz de Vestfália (1648). A partir de então, os Estados abandonariam o respeito a uma vaga hierarquia internacional baseada na religião e não mais reconheceriam nenhum outro poder acima de si próprios (soberania). A Europa começou a adotar uma organização política centrada na ideia de que a cada nação corresponderia um Estado (Estado-nação).

Juntamente com Francisco de Vitória, Hugo Grócio foi um dos principais teóricos do direito internacional no período, baseando-se na teoria do direito natural. Sua principal obra

jurídica, De Jure Belli ac Pacis ("do direito da guerra e da paz"), em muito contribuiu para o desenvolvimento da noção de Guerra Justa.

O direito internacional não é dotado da mesma coerção existente no prisma interno dos Estados, mas estes princípios e normas são aceitos quase que universalmente, incidindo sobre:

- a. Entre Estados diferentes;
- b. Entre Estados e nacionais de outros Estados;
- c. Entre Nacionais de Estados diferentes.
- d. Entre Estados e organismos internacionais.

2 O QUE É O DIREITO INTERNACIONAL?

É um conjunto de normas definido pela humanidade através de seus representantes, que auxilia na regulação das relações externas e na boa convivência entre as nações. Ele pode ser um direito objetivo, no qual compreende os princípios de justiça que governam as relações entre povos ou Positivo, caracterizado por ser concretamente aplicado a partir de acordos entre os sujeitos.

3 DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

O direito internacional trata destas relações e deste âmbito normativo, que pode ser positivado ou costumeiro (costumes). Denomina-se Direito internacional público quando tratar das relações jurídicas (direitos e deveres) entre Estados, ao passo que o Direito internacional privado trata da aplicação de leis civis, comerciais ou penais de um Estado sobre particulares (pessoas físicas ou jurídicas) de outro Estado.

Há duas correntes doutrinárias concentradas em determinar as diferenças entre as duas disciplinas, A primeira corrente dá ênfase à natureza da norma ao conceber o Direito Público como ramo do Direito onde as normas jurídicas são de natureza pública, em outras palavras, cogentes, sendo o Direito Privado o ramo do Direito onde as normas são permissivas, ou seja, não cogentes. Uma segunda corrente, que é a predominante, privilegia a natureza da pessoa envolvida na relação jurídica, ou seja, baseia-se nas partes que compõem a relação jurídica, construindo um Direito Público como aquele que regula situações jurídicas figurando em uma parte o Estado, tornando o Direito Privado aquele que regulamenta situações jurídicas onde o Estado não seja parte ou então equiparado a um particular.

4 PRINCÍPIOS DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E PRIVADO

O Direito Internacional Público tem como missão o estabelecimento de uma norma jurídica internacional, ou seja, o respeito à soberania dos Estados, aos indivíduos e às suas peculiaridades. Por isso, muitos tratados e convenções são realizados, sempre com o propósito de aproximar os Estados.

O Direito Internacional Privado tem como propósito indicar leis que regulem contratos firmados entre indivíduos de países diferentes, como também adoções ocorridas entre pais e crianças de nacionalidades diferentes, sequestros internacionais, e outras relações da área trabalhista, familiar, contratual ou comercial que necessitem do poder jurídico.

5 SUJEITOS DE DIREITO INTERNACIONAL

O sujeito de direito internacional é a entidade jurídica que goza de direitos e de deveres previstos pelo direito internacional e que tem capacidade de atuar na esfera internacional para exercê-los.

Sujeitos de DIP # Atores de DIP

Só são sujeitos de direito internacional quem reúne as 3 características em negrito. Quem tem direitos, deveres e reúne a capacidade para exercer esses direitos e deveres.

Os atores não têm personalidade jurídica, mas exercem influência no direito internacional.

Ex: organizações não-governamentais => não estão relacionadas com Estados e governos.

Ex: Greenpeace, WWF, Human Rights Watch, Cruz Vermelha

Não têm direitos, deveres e capacidade.

Nem toda ONG é ator da sociedade internacional.

É preciso que essa ONG tenha uma influência internacional.

Os sujeitos de direito internacional são:

1) Estados:

São os sujeitos primários e mais importantes de direito internacional

2) Santa Sé:

É a Igreja Católica.

É sujeito de DIP porque o sacro império romano germano exerceu grande influência na Europa Ocidental na idade média.

3) Organizações Internacionais:

São sujeitos derivados, pois para sua criação dependem da associação dos sujeitos primários (Estados). São organizações entre nações. Surgem a partir da reunião de estados.

Ex: ONU, OIT, OEA, OMPI.

4) Indivíduos

A pessoa humana também é sujeito de direito internacional.

6 FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL

Conforme art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ), de 1920, são fontes do Direito Internacional: as convenções internacionais, os costumes internacionais e os princípios gerais do Direito. A doutrina e a jurisprudência são meios auxiliares, não constituindo fontes em sentido técnico.

6.1 Características do art. 38:

Eis a redação do art. 38 do Estatuto da CIJ: “1. A Corte, cuja função seja decidir conforme o direito internacional as controvérsias que sejam submetidas, deverão aplicar: 2. As convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; 3. O costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito; 4. Os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações

civilizadas; 5. As decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das diversas nações, como meio auxiliar (...) 6. A presente disposição não restringe a faculdade da Corte para decidir um litígio *ex aequo et bono*, se convier às partes”.

Infere-se, de sua leitura, que se trata de um rol exemplificativo, não é cerrado e nem fechado, haja vista que há outras fontes. E, em regra, não há hierarquia, ou seja, o art. 38 não traz uma ordem sucessória ou hierárquica. Dessa forma, um costume internacional pode derogar tratado, bem como tratado pode derogar costume.

6.2 Fontes em espécie:

6.2.1 Convenções internacionais: a principal e mais concreta fonte, com forte carga de segurança jurídica. Sem denominação específica, eis a razão de poderem ser denominadas como tratados, convenções, acordos, pactos etc. São elaborados de forma democrática, com a participação de todos os Estados, disciplinam matérias variadas e dão maior segurança, pois exigem a forma escrita.

6.2.2 Costumes internacionais: segunda grande fonte. Há uma atual tendência de codificação das normas internacionais. Foi a primeira a aparecer, é, nessa linha, fonte-base anterior a todo Direito das Gentes. Nessa linha, para que um determinado comportamento omissivo ou comissivo configure costume internacional, fonte em sentido técnico, deve cumular dois elementos, quais sejam: 1 – o material ou objetivo (“prova de uma prática geral”); e 2 – o psicológico, subjetivo ou espiritual (“aceita como sendo o direito”), a “*opinio juris*”. Caso configure regra aceita como sendo o direito, é uma fonte jurídica, cujo descumprimento é passível de sanção internacional. Resta cristalino que sua conceituação faz emergir a ideia de uma prática constante, geral, uniforme e vinculativa. Dica importante: quem alega um costume tem o ônus de prová-lo.

6.2.3 Princípios gerais do Direito: apesar de difícil identificação são fontes autônomas. A própria “*pacta sunt servanda*”, a boa-fé e outras são exemplos. O Direito moderno passa a depender cada vez mais dos princípios. São modernamente classificados como fontes secundárias do Direito das Gentes. O fato de estarem previstos em tratados não tira sua característica de princípios.

6.3. Novas fontes:

Com exceção da equidade, as novas fontes do Direito das Gentes (ou Internacional) não estão previstas no rol art. 38 do Estatuto da CIJ.

6.3.1 Analogia e equidade: são soluções eficientes para enfrentar o problema da falta de norma. Podem ser colocadas como formas de complementação do sistema jurídico. Analogia: é a aplicação a determinada situação de fato de uma norma jurídica feita para ser aplicada a um caso parecido ou semelhante. Equidade: ocorre nos casos em que a norma não existe ou nos casos em que ela existe, mas não é eficaz para solucionar coerentemente o caso "sub judice". OBS.: art. 38, § 2º, do Estatuto da CIJ – a aplicação da equidade (ex aequo et bono) pela CIJ depende de anuência expressa dos Estados envolvidos em um litígio.

6.3.2 Atos unilaterais dos Estados: consistem em manifestação de vontade unilateral e inequívoca, formulada com a intenção de produzir efeitos jurídicos, com o conhecimento expresso dos demais integrantes da sociedade internacional.

6.3.3 Decisões das organizações internacionais (OI): atos emanados das OI na sua condição de sujeitos de direito internacional, na qualidade de pessoa jurídica, ou seja, seus atos precisam ser internacionais, não meramente internos. Decisões unilaterais "externa coporis".

6.3.4 "Jus cogens": é norma rígida, o oposto de "soft law". Estão previstas na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, em seus arts. 53 e 64. São imperativas e inderrogáveis, opondo-se ao "jus dispositivum". Ainda que não haja hierarquia entre as fontes até aqui estudadas, há que se reconhecer que "jus cogens" é a exceção, estando acima de todas as outras. Versam normalmente sobre matérias atinentes à proteção aos direitos humanos, como a própria Declaração Universal de 1948.

6.3.5 "Soft law": direito flexível ou direito plástico, oposto de "jus cogens". Para alguns, ainda é cedo para considerá-lo fonte. Surgiu no século XX com o Direito Internacional do Meio Ambiente. Preveem um programa de ação para os Estados relativamente à determinada conduta em matéria ambiental ou econômica.

7 OS TRATADOS INTERNACIONAIS

Os tratados são considerados uma das fontes do Direito Internacional positivo e podem ser conceituados como todo acordo formal, firmado entre pessoas jurídicas de Direito Internacional Público, tendo por finalidade a produção de efeitos jurídicos.

A denominação ‘tratado’ é genérica, mas, de acordo com a sua forma, o seu conteúdo, o seu objeto ou o seu fim, podem ser adotadas outras denominações como, por exemplo, convenção, declaração, protocolo, convênio, acordo, ajuste, compromisso.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 1969, surgiu da necessidade de disciplinar e regular o processo de formação dos tratados internacionais. O Brasil assinou a Convenção em 23 de maio de 1969, mas, até a presente data, ainda não a ratificou.

Os tratados internacionais apenas serão aplicados entre os Estados que consentiram expressamente com a sua adoção no livre e pleno exercício de sua soberania, ou seja, os tratados não criam obrigações aos Estados que com eles não consentiram, mas apenas para os Estados partes; os tratados são, portanto, expressão do consenso.

7.1 Plano da existência: o procedimento de incorporação dos tratados internacionais

O mundo jurídico pode ser dividido em três planos: o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia.

O direito, diante da sua finalidade de ordenar a conduta humana, valora os fatos e, através das normas jurídicas, erige à categoria de fato jurídico aqueles fatos que possuem relevância para o relacionamento em sociedade.

Ocorrendo no mundo o fato previsto abstratamente pela norma (suporte fático hipotético), a norma jurídica incide transformando o fato em fato jurídico. Ao sofrer a incidência o fato é transportado para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência.

Quando se diz que uma norma existe isto quer dizer que a norma está posta no mundo, independentemente de ser vigente, de ser válida ou eficaz.

O ato legislativo começa a existir a partir da sua promulgação (declaração formal pela autoridade competente da existência do ato legislativo), ainda que a sua publicação somente ocorra posteriormente.

Com a publicação da norma tem início a sua vigência (possibilidade de produzir os seus efeitos) uma vez que, somente através da publicação a norma passa a ser conhecida por aqueles a quem se destina.

Com relação ao processo de formação dos tratados em geral é possível verificar três fases distintas: negociação, conclusão e assinatura do tratado; as três fases são da competência do Poder Executivo.

No ordenamento jurídico brasileiro o Presidente da República tem competência para celebrar o tratado e, posteriormente, o Congresso Nacional irá aprová-los, mediante decreto legislativo.

Após a aprovação pelo Congresso Nacional, o tratado volta para o Poder Executivo para que seja ratificado. Com a ratificação do Presidente da República o tratado internacional deverá ser promulgado internamente através de um decreto de execução presidencial.

Com a expedição do decreto de execução presidencial é possível falar que o tratado internacional ingressou no plano da existência, isto é, o tratado está posto no mundo.

7.2 Plano da validade

Após atestada a existência do fato jurídico (tendo sido verificado que o fato é daqueles em que a vontade humana constitui elemento nuclear do suporte fático), o fato jurídico irá passar pelo plano da validade. No plano da validade será verificada a perfeição do fato jurídico, isto é, será analisado se o fato não possui qualquer vício invalidante.

A análise da validade ou invalidade de um ato jurídico assegura a integridade do ordenamento jurídico, uma vez que, ao recusar utilidade jurídica aos atos jurídicos que infringem as normas do ordenamento, garante-se a integridade da vigência do sistema jurídico como um todo.

No âmbito do Direito Público, e para o que interessa no presente trabalho, é possível falar de invalidade das leis que infringem normas jurídicas de hierarquia superior; tais leis são consideradas nulas, isto é, inválidas (casos de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos infralegais).

7.2.1 A posição hierárquica dos tratados internacionais

A Constituição brasileira de 1988 não apresenta nenhum dispositivo que expressamente determine a posição dos tratados internacionais perante o direito interno

Com base no artigo 102, inciso III, alínea “b” da Constituição Federal que determina que o Supremo Tribunal Federal tem competência para julgar, mediante recurso extraordinário, “as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”, a jurisprudência e a doutrina brasileira acolheram a tese de que os tratados internacionais e as leis federais possuem a mesma hierarquia

jurídica, ou seja, os tratados internacionais são incorporado no ordenamento jurídica brasileiro como norma infraconstitucional.

7.2.2 O conflito entre tratados internacionais e normas internas

Diante de um conflito entre um tratado internacional e a Constituição, considera-se a primazia desta última visando a preservação da autoridade da Lei Fundamental do Estado, ainda que isto resulte na prática de um ilícito internacional.

Tal primado da Constituição não está expresso diretamente na Constituição brasileira, mas pode ser apreendido dos artigos que determinam que os tratados, assim como as demais normas infraconstitucionais, encontram-se sujeitos ao controle de constitucionalidade[69].

As maiores discussões surgem dos conflitos entre tratados e leis internas infraconstitucionais. Nessa situação específica, muitos países como França e Argentina, por exemplo, garantem a prevalência dos tratados.

No caso brasileiro, havendo conflito entre um tratado e uma lei infraconstitucional, levando em consideração que ambos estão no mesmo nível hierárquico, adota-se a regra da ‘lei posterior derroga a anterior’.

Sendo assim, havendo um conflito entre uma lei anterior à promulgação do tratado e o próprio tratado, prevalece o tratado. Na situação inversa, qual seja, um conflito entre tratado e lei posterior, prevalece a lei posterior, independentemente das consequências pelo descumprimento do tratado no plano internacional.

Esse sistema paritário que equipara juridicamente o tratado à lei federal vigora na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) desde 1977, quando do julgamento pelo Supremo do Recurso Extraordinário 8004.

É possível falar em verdadeiro retrocesso nesse posicionamento adotado pelo Supremo, uma vez que modificou a tese anterior de primado do Direito Internacional frente ao Direito interno sem levar em consideração que os tratados internacionais possuem uma forma própria de revogação (a denúncia), nem o fato de que o descumprimento interno de um compromisso assumido externamente acarreta a responsabilidade internacional do Estado, além de outras graves consequências no plano político internacional.

Na doutrina brasileira existem juristas que defendem o status supralegal dos tratados e outros que defendem a supra constitucionalidade dos mesmos alegando que os tratados possuem força obrigatória e vinculante e só podem ser retirados do ordenamento interno por meio da denúncia – ato que implica na retirada do Estado de determinado tratado internacional.

A jurisprudência, todavia, adota a teoria da paridade entre tratado internacional e a legislação federal. Com relação aos tratados internacionais de direitos humanos as discussões acerca da sua hierarquia no ordenamento jurídico brasileiro são ainda maiores.

7.2.3 Os tratados internacionais de direitos humanos e a recente decisão do Supremo Tribunal Federal

Ainda existem controvérsias doutrinárias acerca da forma de integração e eficácia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico interno.

O artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição brasileira de 1988 determina que os direitos e garantias expressos na 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.

A interpretação dada por muitos autores ao disposto neste artigo, levando em consideração uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição brasileira, foi a de atribuir aos direitos garantidos nos tratados de direitos humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional.

O referido artigo ao expressamente determinar que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem direitos decorrentes dos tratados internacionais estaria assim, incluindo no catálogo dos direitos protegidos constitucionalmente, aqueles direitos enunciados nos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte.

Outra parte da doutrina vai ainda mais além defendendo o status supraconstitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos, ou seja, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos estariam localizados acima da própria Constituição.

Diante das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema e buscando resolver a questão da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento brasileiro, a Emenda Constitucional no 45 de dezembro de 2004 acrescentou um 3º parágrafo ao artigo 5º determinando que: os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes à emenda constitucional.

Antes da emenda 45/2004 os tratados internacionais de direitos humanos eram aprovados por meio de decreto legislativo, por maioria simples, conforme artigo 49, inciso I da Constituição de 1988 e, posteriormente, eram ratificados pelo Presidente da República. Tal forma de recepção dos tratados, idêntica à forma de recepção dos tratados que não versam sobre direitos humanos, gerou diversas controvérsias sobre a aparente hierarquia infraconstitucional, ou seja, nível de normas ordinárias dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento brasileiro.

Com o advento da emenda 45/2004 os tratados sobre direitos humanos passariam a ser equivalentes às emendas constitucionais. Todavia, as dúvidas e discussões não cessaram: apenas os tratados aprovados conforme o rito das emendas constitucionais teria valor hierárquico de norma constitucional e aqueles que não obtivessem o quórum qualificado passariam a ter o valor de norma infraconstitucional? O que aconteceria com os tratados ratificados pelo Brasil antes da entrada em vigor da emenda 45 – perderiam o status de normas constitucionais que aparentemente era garantido pelo parágrafo 2º do artigo 5º da CF no caso de não serem aprovados pelo quórum o parágrafo 3º do artigo 5º?

Para os autores que defendem que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuem hierarquia constitucional, estes tratados já possuem status de norma constitucional, nos termos art. 5º, parágrafo 2º da CF; sendo assim, independentemente de serem posteriormente aprovados pela maioria qualificada do parágrafo 3º do art. 5º da CF, os tratados já são materialmente constitucionais.

O parágrafo 3º do art. 5º da CF traz apenas a possibilidade de os tratados, além de materialmente constitucionais, serem ainda formalmente constitucionais, ou seja, equivalentes a emendas constitucionais, desde que, a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo quórum do parágrafo 3º do mesmo art. 5º da CF.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343- SP, em dezembro de 2008, modificou o seu posicionamento acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. O Supremo entendeu, majoritariamente, que esses tratados, antes equiparados às normas ordinárias federais, apresentam status de norma supralegal, isto é, estão acima da legislação ordinária, mas abaixo da Constituição. Tal posicionamento admite a hipótese de tais tratados adquirirem hierarquia constitucional, desde observado o procedimento previsto no parágrafo 3º, artigo 5º da CF, acrescentado pela Emenda Constitucional no 45/2004.

A partir desse novo entendimento do Supremo, sendo aprovado um tratado internacional de direitos humanos o tratado passa a ter hierarquia superior a lei ordinária (supralegal ou constitucional), ocorrendo a revogação das normas contrárias por antinomia das leis.

Com a nova posição do Supremo a configuração da pirâmide jurídica do ordenamento brasileiro foi modificada: na parte inferior encontra-se a lei; na parte intermediária encontram os tratados de direitos humanos – aprovados sem o quórum qualificado do artigo 5º, parágrafo 3º da CF – e no topo encontra-se a Constituição.

A nova posição do Supremo, apesar de não adotar a tese doutrinária majoritária defendida pelo Ministro Celso de Mello que defende que as normas dos tratados internacionais de direitos humanos possuem status constitucional independentemente da forma de sua ratificação, representa um grande avanço para o ordenamento jurídico brasileiro que durante vários anos considerou a paridade entre os tratados de direitos humanos e as leis ordinárias.

7.3 Plano da eficácia: os efeitos da internalização dos tratados internacionais no ordenamento interno

Os atos jurídicos, depois de verificada a sua validade, estarão aptos a produzir os seus efeitos específicos ingressando assim, no plano da eficácia.

O presente tópico trata da eficácia jurídica, ou seja, da análise do conjunto das consequências (efeitos) imputadas pelas normas jurídicas ao fato jurídico – análise das consequências da internalização dos tratados na ordem interna - e da eficácia do direito ou eficácia social que designa a efetiva realização da norma jurídica no meio social a que se destina.

Quando em vigor no plano internacional os tratados ratificados pelo Estado, promulgados e publicados, passam a integrar o arcabouço normativo interno e a produzir efeitos na ordem jurídica interna.

A eficácia (jurídica e social) dos direitos consagrados nos tratados ratificados pelo Brasil dependerá da sua recepção na ordem jurídica interna e do status jurídico que esta lhes atribui.

Como já visto, os tratados em geral quando recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro adquirem o status de normas infraconstitucionais. Nesses termos, tais tratados, quando promulgados, revogam todas as normas anteriores contrárias ao seu conteúdo e, por outro lado, são revogados por leis posteriores quando da existência de um conflito.

Com relação aos tratados de direitos humanos acolhidos como normas supralegais, encontram-se localizados acima da legislação ordinária, mas, em caso de conflito com a Constituição, prevalecerão as normas constitucionais.

Os tratados de direitos humanos que adquirirem hierarquia constitucional, nos termos do art. 5º, parágrafo 3º da CF, passam a constituir cláusulas pétreas não podendo ser suprimidos sequer por emenda constitucional[86]; tornam-se insuscetíveis de denúncia e passam a ter aplicabilidade imediata tão logo sejam ratificados. Nesses termos, a partir da entrada em vigor do tratado internacional, toda norma preexistente que seja com ele incompatível perde automaticamente a vigência.

Ademais, passa a ser recorrível qualquer decisão judicial que viole as prescrições do tratado e no caso de um conflito com normas constitucionais deverá prevalecer a norma mais favorável ao titular do direito.

Importante destacar que, ao contrário da posição adotada pelo Supremo, para os autores como Pontes de Miranda que consideram que os Estados estão submetidos à ordem supra estatal, a incidência dos direitos fundamentais não depende do reconhecimento constitucional, uma vez que tais direitos pertencem à ordem jurídica exterior e acima do Estado e, por isso, impõem limites tanto ao Poder estatal quanto ao Poder Constituinte, que são obrigados a incorporá-los à Constituição, cercando-os das garantias necessárias à sua efetividade.

Os direitos fundamentais supra estatais são considerados paradigmas de validade das normas de direito interno, inclusive das normas constitucionais. Tais direitos impõem limites aos poderes do Estado – nenhuma norma interna pode ser interpretada ou executada em contradição com a Constituição e com as normas de direitos fundamentais supra estatais; ademais, o Estado se vê obrigado a incorporar esses direitos à Constituição e a garantir os meios necessários para a efetividade de tais direitos.

Cabe ao Poder Judiciário e aos demais Poderes Públicos assegurar a implementação no âmbito nacional das normas internacionais de proteção dos direitos humanos ratificadas pelo Estado brasileiro; ao Congresso Nacional a obrigação negativa de se abster de legislar em sentido contrário às obrigações assumidas internacionalmente; e aos cidadãos, beneficiários diretos de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, reclamarem, perante os órgãos judiciais do Estado, a satisfação dos direitos estabelecidos nos tratados.

Levando em consideração que o Direito Internacional ainda não conta com mecanismos jurídicos internacionais de controle bem organizados e aptos para aplicar, no caso concreto, as punições para os Estados que, vinculados a tratados internacionais, não cumpram as obrigações assumidas, é possível concluir que a efetivação dos direitos humanos encontra-se, ainda e

principalmente, na dependência da boa vontade e da cooperação dos Estados individualmente considerados.

8 O DIREITO INTERNACIONAL ATUAL

O Direito Internacional ganha destaque, em função de seus reflexos práticos no cotidiano sobretudo dos Estados e dos indivíduos. Entender o fenômeno internacional e sua regulamentação jurídica é necessário para a compreensão de um mundo em que globalização, cooperação e interesses nacionais tornaram-se conceitos que exigem uma análise conjunta, com o devido equilíbrio dos elementos de cada um deles. Se o grande desafio do Direito Internacional no século XX foi a extraordinária ampliação de seu âmbito de atuação, a tarefa, não menos ingente, para o século XXI, será a busca dos correspondentes mecanismos que garantirão sua efetiva implementação no cenário global. A expansão do leque de questões reconhecidas como intrínsecas e inevitavelmente internacionais não é acompanhada do desenvolvimento correspondente das ferramentas que permitem assegurar a implementação das medidas e efetividade normativa – ainda que já existam mecanismos que confirmam segurança e designem padrões a serem observados nas relações internacionais, seja no âmbito social ou econômico-comercial, como ressaltado anteriormente. Simultaneamente, ocorre mudança de eixo de conflito, à medida que, do mundo da Guerra Fria, se passa ao mundo dividido pelo conflito de civilizações.

A compreensão do papel e do alcance do Direito Internacional somente se consolidará, de fato, quando existir consciência da absoluta inadequação dos sistemas nacionais entre si, já que muitas vezes são colidentes – quando não antagônicos – para atender às necessidades do tempo presente. A partir de então, todo provincianismo cultural está sendo superado pela marcha da História, forçando os indivíduos a pensar em termos internacionais tendo em vista a impossibilidade dos direitos estritamente nacionais satisfazerem as necessidades internacionais.

O direito internacional atual está a evoluir no sentido de uma sociedade global preocupada com os direitos humanos e esta evolução ergue limites à soberania das justiças nacionais dos estados. As construções jurídicas em torno dos crimes de guerra, de genocídio e contra a humanidade mostram que a concepção da soberania está em evolução.

9 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

A aprovação do Estatuto de Roma que cria o TPI é, sem dúvida, um dos marcos mais significativos no desenvolvimento do direito internacional nas últimas décadas. O fim da guerra fria tornou menos rígidos os alinhamentos ideológicos que bloqueavam a evolução do direito internacional nessa direção. A globalização e a interdependência acentuaram a necessidade de maior coordenação e normatividade em diversas áreas das relações internacionais, inclusive como proteção contra a atuação ilícita de atores não estatais. As tendências de fragmentação liberadas pelo fim da guerra fria levaram à irrupção de conflitos étnicos, raciais e religiosos, na maioria dos casos não-internacionais, em que ocorreram catástrofes humanitárias e massacres, ameaçando a ordem jurídica e pondo em risco a paz e a segurança internacionais, reforçando assim a opinião dos estados, de outros atores internacionais e da opinião pública em favor do reforço da capacidade de sanção do direito internacional neste terreno. A criação dos tribunais criminais internacionais ad hoc para a antiga Iugoslávia (1993) e para Ruanda (1994). Estas instituições foram criadas não por um tratado internacional, como o TPI, mas sim por decisões do Conselho de Segurança das Nações Unidas, sob o amparo do capítulo VII da Carta das Nações Unidas (ameaças à paz e segurança internacionais), o que torna suas normas obrigatórias para todos os Estados. Essa observação é importante entre outras razões porque tais normas vinculam o Brasil à obrigação de cooperar com os dois tribunais ad hoc, inclusive em matérias como prova testemunhal e entrega de acusados.

A Assembleia Geral da ONU aprovou em 1946 a Resolução 95 que declarou o direito de Nuremberg parte do direito internacional geral. A Convenção sobre o Genocídio, aprovada em 1948, teve como objetivo principal reforçar a definição deste crime, independentemente de referência a um conflito específico, estabelecendo que ao mesmo se aplica o princípio da jurisdição universal. A convenção prevê a possibilidade de estabelecimento de um tribunal criminal internacional.

No início dos anos 90, o assunto voltou à ordem do dia nas Nações Unidas. Por iniciativa de Trinidad e Tobago, a Assembleia Geral voltou a recomendar à Comissão de Direito Internacional, em 1990, a elaboração de um projeto de estatuto para o referido tribunal. O ritmo dos trabalhos na CDI seria, então, influenciado pela decisão do Conselho de Segurança de criar tribunais criminais internacionais ad hoc para julgar crimes de guerra e de genocídio cometidos na Antiga Iugoslávia (1993) e em Ruanda (1994).

O Tribunal Penal Internacional foi criado a partir do Estatuto de Roma, de 2002, tratado adotado a 17 de julho de 1998, em meio à Conferência das Nações Unidas que tratava exatamente do estabelecimento de uma casa dedicada a julgamento de assuntos de cunho internacional, na mesma cidade que empresta o nome ao seu estatuto, Roma. Tal documento

entrou em vigor a 1 de julho de 2002, momento em que atingiu as 60 ratificações necessárias para que o texto tivesse validade de fato.

10 DEMOCRACIA E JUS COGENS

O jus cogens pode ser visto como o conjunto de normas imperativas de direito internacional público. Reflete padrões deontológicos sedimentados no âmbito da comunidade internacional, cuja existência e eficácia independem da aquiescência dos sujeitos de direito internacional. Deve ser observado nas relações internacionais e projeta-se, em alguns casos, na própria ordem jurídica interna. As características da imperatividade e da indisponibilidade tiveram influência direta na escolha do designativo direito cogente, sendo bem conhecida a dicotomia inerente ao direito romano, que distinguia o jus strictum (direito estrito) do jus dispositivum (direito dispositivo).

A expansão deste corpo de direitos é indissociável do progresso da Democracia e do estado de direito constitucional. A última vaga do Constitucionalismo ocorreu aquando da independência das antigas Repúblicas soviéticas e da democratização dos países da Europa de Leste. Também é acertado lembrar que, se se dotam de uma constituição, nem todos os estados se tornam verdadeiramente estados de direito democrático.

11 CONCLUSÃO

O desafio que o direito internacional hoje enfrenta, nesta era de risco e de globalização, é o de construir, sobre os alicerces da soberania nacional e dos direitos dos estados, uma nova ética global, assente nos direitos humanos, no estado de direito constitucional e no direito penal internacional. Este é um horizonte que já desponta: a do direito internacional como nova ética da globalização.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, HILDEBRANDO. **Tratado de Direito Internacional Público**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, 3 v.
- ACQUAVIVA, MARCUS CLÁUDIO. **Dicionário Enciclopédico de Direito**, Brasiliense, 5 v.
- BENTHAM, JEREMY. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**, Oxford University Press.
- BROWNLIE, IAN. **Principles of Public International Law**, Oxford, 6a. edição, 2003.
- MELLO, CELSO D. DE ALBUQUERQUE. **Direito Internacional Público**, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 8a edição, 1986, 2 v.
- MENEZES, WAGNER. **Direito internacional na América Latina**. Curitiba-PR: Juruá, 2007.
- MORRIS, CLARENCE. **Os Grandes Filósofos do Direito**, Martins Fontes, 2002 (Hugo Grócio).
- REZEK, J.F. **Direito Internacional Público - Curso Elementar**, Ed. Saraiva, 8a edição, 2000.
- SILVA, G.E. DO NASCIMENTO; ACCIOLY, HILDEBRANDO. **Manual de Direito Internacional Público**, Ed. Saraiva, 15a edição, 2002.