

Os Vínculos entre o Direito Internacional Público e os Sistemas Internos

HEBER ARBUET VIGNALI

Professor Titular de Direito Internacional Público na Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade da República Uruguia

e

JEAN MICHEL ARRIGUI

Professor de Direito Internacional Público na Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade da República Uruguia

O acórdão da Suprema Corte de Justiça, n.º 25, de 20 de junho de 1990, trata da aplicação, no âmbito interno, de normas do Direito do Trabalho consagradas em acordos internacionais ratificados pela República.

Sem entrar na análise dos problemas específicos do caso decidido, que são típicos do Direito do Trabalho, nem tampouco no problema concreto da validade das Convenções Coletivas da Organização Internacional do Trabalho (OIT) no âmbito interno,¹ problema compartilhado por aquela especialidade e pelo Direito Internacional, os fundamentos do acórdão sugerem alguns comentários acerca da posição jurídico-internacional que adota.

Sob este aspecto, o acórdão se ocupa de duas questões importantes na época atual: o problema das relações entre o Direito interno e o Direito Internacional Público é o problema da determinação da hierarquia en-

* O presente texto e a tradução portuguesa de artigo publicado pelos autores, na Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, junio-julio 1990, n. 37, pp. 76 a 85.

1 A respeito ver: Jean Michel ARRIGUI: "Convenção 95 OIT e Lei n.º 14.490. Um conflito entre Direito Internacional e Direito Interno. Em *Revista de Direito Laboral*, t. XXVI, n.º 132, 1983.

tre ambos. E no nosso entender não o faz com a necessária atualidade na exposição dos fatos, nem das correntes doutrinárias com referência ao Direito Internacional Público.

Com relação ao primeiro problema, resumindo a posição moderna, PASTOR RIDRUEJO² diz que sua importância deriva do fato de que a eficácia real do Direito Internacional, e, por conseguinte, de que exista uma ordem internacional e, por fim, se obtenha paz e segurança "... depende, em grande parte, da fidelidade com que os Direitos nacionais se ajustem às normas internacionais e lhes dêem eficácia... É essencial, nesse sentido, que o Direito nacional facilite o cumprimento do Direito Internacional e, mais ainda, em caso de conflito, o Direito do Estado não seja obstáculo à observância das normas internacionais". E para ressaltar essa importância cita a teoria do desdobramento funcional de SCHELLE.³ A atração deste tema acentuou-se como consequência de que o Direito Internacional Público já não se limita exclusivamente a regular as relações entre os Estados e distribuir as competências entre eles, mas tende ainda "... ao desenvolvimento dos povos e indivíduos, o qual exige cooperação em muitas matérias que antes exclusivamente os Estados assumiam, e se regulavam pelos Direitos internos", em consequência "... as possibilidades de conflito são maiores hoje do que no passado, e o Direito Internacional precisa, mais do que nunca, apoiar-se nos Direitos nacionais."⁴

Quanto ao primeiro assunto, que estamos abordando, o acórdão da Suprema Corte de Justiça, ao tratá-lo nos seus fundamentos, vincula-o, de certa forma, a uma antiga questão: a polêmica que se trava nos anos 30 entre monistas e dualistas.⁵

Na solução do problema das relações entre o Direito interno e o Direito Internacional, a importância que antigamente se atribuía à adoção de uma posição monista ou dualista não mais interessa, pois o desenvolvimento de ambas as teses demonstrou que se pode ser monista ou dualista e sustentar a primazia da ordem interna ou da ordem internacional, e porque geralmente tanto monistas como dualistas, além das correntes coordenadoras e normalmente a prática dos Estados, aceitam pacificamen-

2 RIDRUEJO, José Pastor. *Curso de Direito Internacional Público e Organizações Internacionais*. Barcelona, 1986.

3 SCHELLE, George. *Cours du Droit International Public*. Paris, 1977/78.

4 RIDRUEJO, Pastor. Ob. cit.

5 Atualmente soma-se à contraposição dualismo-monismo uma terceira corrente — basicamente monista — integrada pelas denominadas "correntes coordenadoras", que sustentam a coordenação de ambos os sistemas a partir de normas superiores a ambas: as do Direito Natural. Inscreve-se neste grupo a moderna doutrina espanhola: MIAJA DE LA MUELA — 1965 —, AGUILAR NAVARRO — 1977 —, TRUYOL Y SIERRA — 1977 —, HERRERO RUBIO — 1966 —, incluindo também VERDROSS na sua última posição — 1956.

te a primazia do Direito Internacional Público.⁶ Atualmente se pode divergir, sustentando que ambos os ordenamentos jurídicos constituem um todo único (monistas) ou que são diferentes (dualistas) ou que são coordenáveis, mas serão divergenciais filosófico-jurídicos que, no estado atual do Direito Internacional Público, continuam sua trajetória quando se trata de resolver se este se aplica automaticamente no âmbito interno ou se, para esse efeito, há necessidade de algum tipo de procedimento prévio e qual seria, mas que não é decisiva para resolver o problema da supremacia de uma ou de outra ordem.

Como é natural, o Direito Internacional Público positivo não toma partido na querela monismo-dualismo, e relega ao direito interno a decisão de como e mediante quais procedimentos o Direito Internacional Público é recebido no âmbito interno, mas ninguém discute sua aplicação e obrigatoriedade.⁷ O Direito Internacional Público positivo, ao contrário, consagra, fora de qualquer dúvida, a preeminência deste sistema sobre os direitos internos em caso de conflito.⁸ Quanto à doutrina, os monistas conferem preeminência à ordem jurídica internacional por muitos argumentos, mas, de resto, concordam em que este deve primar por ser único, pois do contrário qual dos múltiplos ordenamentos jurídicos internos primaria? Os dualistas chegam à mesma conclusão por outros argumentos e seguindo uma linha de raciocínio diferente: não se chega à supremacia da ordem jurídica internacional por uma concatenação de ordenamentos, e sim pelo princípio do dever de honrar o compromisso (*pacta sunt servanda*) própria do Direito: se o Estado como totalidade, em função do atributo da soberania é quem determina a ordem jurídica interna, sem possibilidade de qualquer condicionamento, e se este mesmo Estado em sua totalidade é quem, no exercício da sua independência, decidiu não se isolar, mas entrar em relações com os demais, e, para isso, aceita livremente regras estabelecidas em comum, torna-se evidente que, atendendo à essência de qualquer ordem jurídica e elementar, este Estado deve cumprir de boa-fé os compromissos que livre e voluntariamente contraiu, e deve executá-los no seu âmbito interno. As teorias coordenadoras sustentam a primazia da ordem jurídica internacional com base em normas superiores a ambos: as do Direito natural.

6 Para compreender esta evolução e suas conseqüências é importante ter muito claras as características próprias dos dois sistemas: ambos jurídicos, porém um deles, o internacional, com uma estrutura de coordenação, enquanto o outro, o interno, possui a de subordinação. Cf. Heber ARBUET VIGNALI: "Crise, realidade e perspectivas do Direito Internacional", em Curso de Direito Nacional do Comitê Jurídico Interamericano. Washington, 1982.

7 Tal como mais adiante se expõe.

8 Art. 27 da Convenção de Viena, de 1968, sobre Direito dos Tratados -- vigente no Uruguai --; art. 4º do Projeto da Comissão de Dto. Internacional das NN.UU. sobre Responsabilidade Internacional dos Estados. Jurisprudência internacional uniforme: CPJI, Série A, n. 1; Série B, n. 17; Série B, n. 15; Reports 1988.

Quando mencionamos a forma como o Estado atua, dissemos que o faz "na sua totalidade", e esta asserção precisa ser esclarecida. Nos fundamentos da sentença n.º 25 diz-se que uma lei posterior pode (e portanto seria legítimo fazê-lo) derrogar as normas de um tratado, pois, do contrário, se "... violaria a Constituição, art. 85, pars. 1 e 3, posto que, aprovado um tratado, nosso Parlamento ficaria impedido de editar códigos ou leis que não coincidissem plenamente com aquele e de derrogar as anteriores sobre a matéria, o que é totalmente inaceitável. Sem prejuízo das responsabilidades que a República deverá assumir na ordem internacional por violar acordos celebrados com outros países". E anteriormente, nos mesmos considerandos, declarava-se que, nos casos de colisão entre tratado e lei, os tribunais internos davam preferência à lei e, assim, o Estado se tornava responsável no âmbito internacional, sendo "... evidente que o juiz nacional dará preferência à norma constitucional com relação à internacional".

Desse modo, introduzem-se no raciocínio dois paralogismos finos e sutis de difícil percepção.⁹ Quando o Estado assume um compromisso internacional, quem se obriga é o Soberano, a Nação, toda a Comunidade que integra o Estado: sua população e suas autoridades (poder estatal) assentadas no seu território. Só que, por razões práticas, não atuam em conjunto, e a representação exterior recai primordialmente em certos órgãos do Poder Executivo. Nos trâmites da aprovação de um tratado, o nosso sistema constitucional determina que o Poder Executivo realize as negociações e, após, proceda à ratificação ou depósito, que o Poder Legislativo, antes disso, aprove ou desaprove o que foi concluído e que o Poder Judiciário e os cidadãos do país, individualmente considerados, não participem desses trâmites; mas, embora não fosse prático, poderia ter-se estabelecido o contrário. De qualquer modo, quem se obrigaria seria sempre o Estado, como ente único. Não é possível desdobrar os diversos poderes que integram o Estado e introduzir o sofisma que leve a pensar que uns atuam cerceando os poderes dos outros, porque se atuam dessa maneira para se obrigarem internacionalmente, a Nação assim o quis ao outorgar-se seu regime constitucional. Quando se trocam ou depositam as ratificações, é o Poder Executivo que atua, mas juridicamente é o Estado, o Soberano, o nosso País, a Nação, nela incluídos todos os seus poderes e cidadãos, que no seu conjunto, se comprometem, que empenham a sua palavra de cumprir estritamente as regras pactuadas livremente para o bem comum. Constitui, portanto, um paralogismo introduzir a idéia de que viola a Constituição porque, ao aprovar o tratado, uns órgãos (os do Poder Executivo) obrigam outros (os do Poder Legislativo), cerceando as suas atribuições. Na realidade, a Nação soberana, ao aprovar a sua Constituição, estabeleceu uma forma de assumir compromissos internacionais, e estes, uma vez assumidos de acordo com as regras do regime constitucional vigente, obrigam todos os habitantes e Poderes do Estado, no

⁹ VAZ FERREIRA, Carlos. *Lógica Viva*. Montevideo, 1946.

nosso entendimento diretamente, sem necessidade de “transformação”, mas, nesta hipótese, ou caso se entenda que é preciso “transformá-los”, sempre sem possibilidade de serem ignorados por qualquer órgão, salvo quando abertamente se viole a norma constitucional.

O outro paralogismo apóia-se numa errônea e caprichosa interpretação do pensamento de Eduardo JIMENEZ de ARECHAGA, e consiste em induzir a pensar que a nossa ordem interna, conforme esse autor, admite que, no âmbito interno, uma lei posterior viole o compromisso internacional assumido mediante um tratado, deixando de fazer fé à palavra, desde que se tenham recursos suficientes e se esteja disposto a indenizar os prejuízos causados no âmbito internacional, levando a aceitar esse procedimento como legítimo. No nosso entender, não é esse o pensamento do citado autor, o qual, se for lido em toda a sua extensão, se compreende que, a partir da postura realista, que sempre o caracterizou, limita-se a dizer que a ordem internacional *sempre* prima sobre a interna, e tanto é verdade que, quando o legislador, violando a própria ordem jurídica interna, modifica um tratado por uma lei posterior e, após, um órgão judiciário não é capaz de superar a contradição, harmonizando as normas, e faz prevalecer a interna sobre a internacional, esta atitude afinal se repara na ordem jurídica internacional mediante a condenação do Estado infrator. Mas esta situação é a patológica: como se violou o Direito Internacional ao se violar o tratado, e como os juízes internos não restabeleceram a ordem jurídica, senão que, por erro, mantiveram a irregularidade, a única reconstituição possível do direito não reconhecido encontra-se no âmbito internacional, e neste se concretiza através do instituto da responsabilidade.

Sob outro ponto de vista deve considerar-se que se encaramos o problema a partir do enfoque do Direito Comparado, chegaremos, também, à idêntica conclusão.

No seu considerando IV, parágrafo *d*, a Carte afirma que “cumpre compartilhar da tese de que a lei anterior ao tratado, incompatível com este, pressupõe a sua derrogação”, e acrescenta que “esta tese é unânime na jurisprudência dos juízes internos de todos os países”. Para tanto, fundamenta-se nos trabalhos que publicaram Justino JIMENEZ de ARECHAGA (1946), Eduardo JIMENEZ de ARECHAGA (1949) e Bernardo SUPERVIELLE (1948). E isso era então considerado certo. Hoje, ao contrário, a jurisprudência se alterou profundamente, e, muito pelo contrário do que afirma o acórdão, uma ampla corrente reconhece a superioridade hierárquica do tratado.

Assim, em uma breve retrospectiva:

a) Na Holanda, a partir de 1954, tanto a Constituição (especialmente depois da sua revisão de 1983) como a sua jurisprudência reconhecem a supremacia do tratado sobre a lei.

b) O mesmo ocorre a partir de um acórdão da Corte de Apelação de Bruxelas, de 1971, bascando-se nas conclusões do Procurador-Geral (caso "Fromagerie Franco-Suisse Le Ski").¹⁰

c) Na Itália, após longa discussão, o princípio foi admitido pelo Tribunal Constitucional, em 1984 (caso "Granifal").

d) Em França, a jurisprudência está dividida. Enquanto o Tribunal de Cassação sustenta a primazia do tratado (caso "Cafes Jacques Vabre"), o Conselho de Estado — em que pesem às críticas recebidas — persiste na posição tradicional, mantendo uma atitude contrária à primazia do Direito Internacional sobre a lei posterior.¹¹

e) Na Espanha, também parece não haver dúvidas, e na sentença de 1982 o Supremo Tribunal proclamou claramente a primazia dos tratados.¹²

f) Tanto nos Estados Unidos como na Inglaterra, se bem que sempre se sustentou a superioridade do costume internacional, o mesmo não aconteceu em relação aos tratados. Esta última tendência começa, entretanto, a ser revertida no segundo dos referidos Estados, posteriormente ao seu ingresso nas Comunidades Europeias.¹³

g) No Brasil, desde 1941, apontam-se acórdãos do Supremo Tribunal Federal, em que se declara que um tratado se aplica na ordem interna, em que pese existir uma lei posterior contrária.¹⁴

h) Na Argentina, ao revés, a Corte Suprema coloca o tratado e a lei no mesmo plano e, portanto, aplica a lei posterior (caso "S.A. Martin e Cia. Ltda.").¹⁵

i) Finalmente, em nosso país, desde 1941, a Corte sustenta a primazia do costume internacional sobre o tratado.¹⁶ No tocante à oposição entre um tratado e uma lei posterior, e salvo algumas exceções,¹⁷ a Corte reiterou que "apesar de não se ter consagrado a prelação dos tratados internacionais, estes também prevaleceriam sobre qualquer outra norma na-

10 LOUIS, Jean-Victor. *O Ordenamento Jurídico Comunitário*, Bruxelas, 1986.

11 CARREAU, Dominique. *Droit International*, 2ª ed., Paris, 1988, p. 458.

12 BROTONS, Antonio Ramiro. *Direito Internacional Público*, Tomo II, Madrid, 1987, p. 347.

13 WALLACE, Rebecca. "International Law", Londres, 1986, p. 34.

14 ALBUQUERQUE DE MELLO, Celso. *Curso de Direito Internacional Público*, 8ª edição, Tomo I, Rio de Janeiro, 1986, p. 81.

15 PODESTA COSTA y RUDA. *Direito Internacional Público*, Tomo I, Buenos Aires, 1979, p. 44.

16 "L. J. U.", t, 2, 1941, caso n. 523.

17 ARRIGUI, Jean Michel. *Op. cit.*

cional contrária — ainda que fosse posterior — pois estes — que são a fonte mais importante do Direito Internacional — possuem uma eficácia superior à da lei interna dos Estados signatários; pelo que, no caso de conflito entre um e outro, prevalecerá o tratado.¹⁸

Por tudo isso, parece ficar claro que não é possível afirmar que a tese da supremacia do Direito interno seja unânime na jurisprudência dos juízes internos. Muito pelo contrário, tudo parece indicar que ela perde terreno rapidamente, acelerada na Europa pelos movimentos de integração.

O direito evolui, o Direito Internacional fê-lo com passos agigantados nos últimos quarenta anos: aparecimento de novos sujeitos, de novas fontes, de novos objetos. A multiplicidade de acordos internacionais — bilaterais e multilaterais — a participação dos Estados em numerosos organismos internacionais ficaria seriamente em perigo se apenas tivesse como sanção a responsabilidade internacional e não obtivesse efetivo cumprimento na ordem interna.

A nossa jurisprudência — particularmente a da Suprema Corte de Justiça —, mesmo com vacilações, tinha mantido uma posição concorde com estas exigências. Sem embargo, a afirmação feita no início desta nota pode pressupor uma marcha a ré, que esperamos seja revertida.

Não é necessário que nos detenhamos na jurisprudência dos Tribunais internacionais. Eles sempre sustentaram a primazia do Direito Internacional, e o mesmo ocorre com as disposições da ordem jurídica internacional (artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969).

No plano da doutrina internacionalista, após superada a antiga discussão entre monistas e dualistas, e unânime a corrente que defende a supremacia do Direito Internacional.¹⁹

Na ordem jurídica interna temos uma ampla gama de soluções constitucionais: desde aqueles Estados que estabelecem a superioridade do tratado sobre a lei (caso da Rep. Federal da Alemanha), aqueles que parecem querer afirmar a sua igualdade com a lei (caso dos EE.UU.), até aqueles que nada dizem a respeito (caso do nosso país).²⁰ A nossa Constituição (artigos 85, n.º 7 e 168, n.º 20) fixa as etapas que se devem cumprir para a ratificação de um tratado (assinatura pelo Poder Executivo,

18 "Repertório de Acórdãos da Corte de Justiça 1978-1979", Anuário do Ministério da Justiça, t. 2, vol. 2, p. 118.

19 Ver, p. ex., VIRALLY, Michel: "Sur un point aux anes: les rapports entre Droit International et Droits Internes", em *Mélanges Henri Rolin*", Paris, 1964.

20 VIEIRA, Manuel A. *Projeção do Direito Internacional nas Constituições Nacionais*, Montevideo, 1983, p. 62.

aprovação parlamentar, ratificação pelo Poder Executivo),²¹ sem que isso suponha adesão do nosso país à doutrina da transformação do tratado em lei²² e, portanto, sem que isso suponha considerar tratado e lei como de similar natureza e hierarquia.

O acórdão aqui analisado merece mais alguns comentários, que deixaremos simplesmente esboçados, logo entrando em considerações precisas sobre o caso concreto em questão.

Devemos recordar que, se a norma de Direito Internacional é superior à lei interna, esta pode modificar um tratado quando o autorize o Direito Internacional. E assim que a Constituição da OIT prevê em seu artigo 19, n.º 8, que “em nenhum caso a adoção de uma convenção ... ou a ratificação de uma convenção por um membro deverá ser considerado como se afetasse toda lei, toda sentença, todo costume ou todo acordo que assegurem aos trabalhadores condições mais favoráveis do que as previstas na convenção ou na recomendação.”²³

A convenção n.º 98 — que é uma norma de Direito Internacional ratificada pelo nosso país — estabelece em seu art. I que “os trabalhadores deverão gozar de adequada proteção contra todo ato de discriminação tendente a ofender a liberdade sindical que tenha por objeto ... b) demitir um trabalhador ... por causa da sua filiação sindical ...”

No nosso entender, não se trata de uma norma programática. Ao contrário, impõe uma obrigação ao Estado — o mesmo ocorre no art. 3, que deixa a cargo do direito interno a regulamentação da proteção que necessariamente deverá ser “adequada” ao fim objeto de acordo. Neste sentido, portanto, em cumprimento de uma obrigação internacional — e não por esta ter sido derogada — se pode sustentar que o sistema “adequado” é o de multas ao infrator da Convenção²⁴.

Em síntese, embora podendo compartilhar do acórdão, parecem-nos sumamente criticáveis vários dos seus fundamentos. À um resultado similar se poderia ter chegado, aplicando o princípio — hoje cada vez mais difundido na jurisprudência interna de outros países, e tantas vezes reafirmado também pela nossa — da supremacia do Direito Internacional e, portanto, da superior hierarquia do tratado ratificado perante a lei, seja esta anterior ou posterior.

21 Salvo naqueles casos previstos no art. 145 da Lei n.º 15.851, de 24 de dezembro de 1986.

22 Ver os inúmeros argumentos que neste sentido desenvolveu Eduardo ARECHAGA em “Relações entre o Direito Internacional...”, cit. no acórdão comentado.

23 ARRIGUI, Jean Michel. *Op. cit.*, pp. 857 e 862.

24 Saber se este é o sistema “adequado” foge à nossa competência, por ser tema da doutrina trabalhista. Ver, p. ex.: ERMIDA URIARTE, Oscar, “A Estabilidade do Trabalhador na Empresa, Proteção Real ou Fictícia?”, Montevideo, 1983; BARBAGELATA, Hector-Hugo. *Direito do Trabalho*, t. 1, Montevideo, 1977, p. 344.