

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

MARCOS ROBERTO FUNARI

A defesa dos direitos humanos no Brasil, frente ao princípio do art. 4º, II, da Constituição
Federal: a supremacia dos direitos humanos nos âmbitos interno e externo

Mestrado em Direito

São Paulo

2019

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

MARCOS ROBERTO FUNARI

A defesa dos direitos humanos no Brasil, frente ao princípio do art. 4º, II, da Constituição Federal: a supremacia dos direitos humanos nos âmbitos interno e externo

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na subárea Direitos Humanos, sob a orientação do Professor Doutor Motauri Ciocchetti de Souza.

São Paulo

2019

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

MARCOS ROBERTO FUNARI

A defesa dos direitos humanos no Brasil, frente ao princípio do art. 4º, II, da Constituição Federal: a supremacia dos direitos humanos nos âmbitos interno e externo

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na subárea Direitos Humanos, sob a orientação do Professor Doutor Motauri Ciocchetti de Souza.

Aprovado em: ____/____/____

Banca Examinadora

Professor Doutor Motauri Ciocchetti de Souza (Orientador).

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Doutor Motauri Ciocchetti de Souza, agradeço pela oportunidade que me proporcionou de realizar o sonho acalentado há muitos anos, qual seja, de tornar-me Mestre em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, a tão conceituada PUC de São Paulo. Da mesma forma, agradeço pela sensibilidade demonstrada durante o curso, desde as aulas da disciplina Tutela Jurisdicional dos Direitos Humanos, passando pelo auxílio na escolha do tema da dissertação e culminando com as contribuições para a elaboração do texto, tudo sempre condizente com meus objetivos iniciais da pós-graduação, além de apto a fomentar o desempenho de atividades acadêmicas e da profissão que abracei há 30 anos junto ao Ministério Público de São Paulo, comum à do Professor Motauri, por meio da qual é possível lutar pela redução das desigualdades e por uma sociedade mais justa e solidária.

Agradeço aos Professores Doutores Carolina Alves de Souza Lima, Eduardo Dias de Souza Ferreira e Vidal Serrano Nunes Júnior, que integraram a banca de qualificação, muito contribuindo para o aperfeiçoamento deste trabalho.

Lanço também o necessário reconhecimento aos Professores das disciplinas cursadas no Mestrado, Doutores Carolina Alves de Souza Lima, Willis Santiago Guerra Filho, Motauri Ciocchetti de Souza, Eduardo Dias de Souza Ferreira, Roberto Baptista Dias da Silva, Luiz Alberto David Araujo, Sérgio Seiji Shimura, Patrícia Miranda Pizzol e Gilson Delgado Miranda. Seus ensinamentos proporcionaram significativo aperfeiçoamento pessoal e profissional. Procurei incorporá-los neste trabalho, tornando-os perenes.

Um agradecimento especial aos meus familiares, que me viram afastado de suas convivências por muitas horas, mas, ainda assim, souberam compreender a ausência e me incentivaram: minha esposa Maria Aparecida e meus filhos André e Ariel Funari, meus pais e sogros, José Roberto, Maria Ângela, Osvaldo e Tereza.

Agradeço muito particularmente ao meu amigo Luis Felipe Tegon Cerqueira Leite, companheiro no Centro de Apoio de Urbanismo e Meio Ambiente, Promotor de Justiça exemplar, que me incentivou e auxiliou no ingresso e durante o Mestrado, colaborando sobremaneira para que se tornasse realidade.

Por fim, externo minha gratidão à Procuradoria-Geral do Ministério Público, na pessoa do Doutor Gianpaolo Poggio Smanio, aos companheiros da Corregedoria-Geral do Ministério Público, na pessoa da Doutora Tereza Cristina Maldonado Katurchi Exner, e aos amigos Tiago Cintra Zarif e Regina Célia Damasceno, do Centro de Apoio de Urbanismo e Meio Ambiente do Ministério Público de São Paulo, Aline Zavaglia Vicente Alves e Beatriz Lameira Carrico Nimer, por todo o suporte e incentivo prestados durante a jornada que ora se encerra.

RESUMO

FUNARI, Marcos Roberto. **A defesa dos direitos humanos no Brasil, frente ao princípio do art. 4º, II, da Constituição Federal**: a supremacia dos direitos humanos nos âmbitos interno e externo. 2019. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

O resguardo dos direitos da pessoa humana, para uma vida digna, tem como pressuposto a garantia de condições ideais de liberdade, igualdade e solidariedade. No Brasil, como em outros lugares do mundo, não é incomum vivenciarmos situações de desrespeito aos direitos humanos que podem ser tributadas à inobservância de direitos fundamentais, ao retrocesso legislativo ou mesmo à deficiência da legislação que os garanta. Nesses casos, para obstar violações, reparar ofensas e aperfeiçoar os mecanismos de garantia, descortina-se a possibilidade de invocar a aplicação de normas de direito internacional de direitos humanos, no que o princípio integrativo do art. 4º, II, harmonizado com as regras dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal, desempenha papel de suma relevância. Tais dispositivos constitucionais dizem respeito à universalização e à internacionalização dos direitos humanos, mas também conduzem à interação do direito nacional com o sistema internacional de proteção. A abertura viabilizada pelos ditames constitucionais mencionados, além de proporcionar maior efetividade aos direitos fundamentais, permite o controle e o monitoramento da comunidade internacional, e mesmo a atuação supletiva de organizações internacionais de proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais não atuarem a contento, não se apresentarem suficientes ou inexistirem. Só assim se garantirá o cumprimento efetivo dos objetivos da República, de construir uma sociedade livre, justa e solidária; de assistir ao desenvolvimento nacional ambientalmente sustentável, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, e de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Este trabalho intenciona explorar os fundamentos jurídicos que, nessas circunstâncias, embasam a aplicação do direito internacional dos direitos humanos no país.

Palavras-chave: Direitos humanos. Defesa dos direitos humanos no Brasil. Supremacia dos direitos humanos nos âmbitos interno e externo. Ministério Público.

ABSTRACT

FUNARI, Marcos Roberto. **The defense of human rights in Brazil, against the principle of art. 4º, II, of the Federal Constitution**: prevalence of human rights in international relations and internally. 2019. 129 p. Master's Dissertation in Law. Presented to the Pontifical Catholic University of São Paulo, 2019.

The safeguard of the human rights, for a dignified life, presupposes the guarantee of ideal conditions of freedom, equality and solidarity. In Brazil, as in other parts of the world, it is not uncommon to experience situations of disrespect for human rights that can be taxed if fundamental rights are not respected, with legislative backwardness or even with the lack of legislation guaranteeing them. In such cases, in order to prevent violations, to repair offenses and to improve guarantee mechanisms, the possibility of invoking the application of norms of international human rights law, in which the integrative principle of art. 4, II, in harmony with the rules of §§ 1 and 2 of art. 5 of the Federal Constitution of Brazil, plays a very important role. Such constitutional provisions concern the universalization and internationalization of human rights, but also lead to the interaction of national law with the international protection system. The opening made possible by the aforementioned constitutional dictates, besides providing greater effectiveness to fundamental rights, allows the control and monitoring of the international community, and even the supplementary action of international organizations for the protection of human rights, when national institutions do not act to the satisfaction, are not sufficient or do not exist. This is the only way to ensure the effective fulfillment of the Republic's objectives, to build a free, fair and supportive society, to assist in environmentally sustainable national development, to eradicate poverty and marginalization and to reduce social and regional inequalities, and to promote the all without prejudice of origin, race, sex, color, age and any other forms of discrimination. This work intends to explore the legal foundations that, under these circumstances, support the application of international human rights law in the Country.

Keyword: Human rights. Defense of human rights in Brazil. Prevalence of human rights in international relations and internally. Public prosecution.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	DIREITOS HUMANOS: CONCEITO E ABORDAGEM HISTÓRICA	12
2.1	Conceito e dinâmica dos direitos humanos na ordem internacional	12
2.2	As gerações ou dimensões dos direitos humanos	20
2.3	Breve abordagem histórica e jurídica dos direitos humanos no Brasil	24
3	DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	26
3.1	Distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais	26
3.2	Os organismos internacionais de proteção dos direitos humanos	28
4	DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS, SUAS FONTES E O SISTEMA BRASILEIRO DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS	32
4.1	Direito internacional dos direitos humanos	32
4.2	Consolidação do direito internacional dos direitos humanos. A mudança de paradigma que o direito internacional dos direitos humanos proporcionou no ambiente jurídico	34
4.3	Fontes do direito internacional dos direitos humanos	35
4.3.1	Classificação	35
4.3.2	Fontes em espécie	37
4.3.2.1	Os costumes	37
4.3.2.2	Os princípios gerais de direito	39
4.3.2.3	A jurisprudência e a doutrina	39
4.3.2.4	Os atos unilaterais dos Estados	40
4.3.2.5	As resoluções das organizações internacionais	40
4.3.2.6	Os tratados	42
4.4	O sistema brasileiro de incorporação dos tratados de direitos humanos	44
5	A EFETIVIDADE INTERNA DAS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS À VISTA DO ART. 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	57
5.1	Aspectos gerais e possíveis vulnerabilidades do modelo adotado no país	57
5.2	O manejo do sistema de proteção dos direitos humanos: controle de convencionalidade	62
5.3	Elementos essenciais no controle de convencionalidade	65
5.3.1	Prevalência dos direitos humanos, o indivíduo como sujeito do direito internacional dos direitos humanos e a primazia da norma mais favorável	65
5.3.2	Universalização, indivisibilidade e vedação do retrocesso	69
5.3.3	Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos	73
5.3.4	As obrigações <i>erga omnes</i> e as normas de <i>jus cogens</i>	77
5.3.5	A Declaração Universal de Direitos Humanos e o arcabouço normativo dela decorrente	79
5.4	Cotejo dos §§ 1º e 2º do art. 5º, com o art. 4º, da Constituição Federal, e o poder do Presidente da República de firmar ou não um tratado. A solução das situações de vulnerabilidade	85

6	PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS	88
6.1	O Ministério Público: aspectos gerais	88
6.2	Incidente de deslocamento de competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal nos casos de grave violação dos direitos humanos (art. 109, § 5º, da Constituição Federal)	91
6.3	Ação civil pública	92
6.4	O inquérito civil	93
6.4.1	Aspectos gerais e normatização do inquérito civil	94
6.4.2	Objetivos e desdobramentos do inquérito civil	97
6.4.3	Formalidade do inquérito civil	99
6.4.4	Arquivamento e reabertura do inquérito civil	103
6.5	Termo de ajustamento de conduta	104
6.5.1	Aspectos gerais	104
6.5.2	Termo de ajustamento de conduta estrutural	109
6.5.3	O termo de ajustamento de conduta como garantia mínima	114
6.6	Considerações finais	116
7	CONCLUSÃO	117
	REFERÊNCIAS	122

1 INTRODUÇÃO

O objetivo desta pesquisa é analisar o disposto no art. 4º, II, da Carta de 1988, segundo o qual o Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos. Verificaremos quais os reflexos desse postulado nas relações internas, confrontando-o, também, com os ditames dos §§ 1º, 2º, 3º e 4º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que dizem respeito à aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais e à circunstância de 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 o Brasil seja parte.

Trata-se de preocupação com o modo de relacionamento do país com o direito internacional no tocante à proteção dos direitos humanos, sobre como este último sistema se incorpora, influencia e deve ser aproveitado internamente.

É fato que ao trazer preceitos dessa ordem na Lei Maior, particularmente no que diz com o art. 4º, II, e o § 2º do art. 5º, o Brasil se abre ao regramento do assunto no âmbito mundial, não só no que diz respeito às diversas espécies normativas, mas também em relação às organizações internacionais de asseguarção dos direitos humanos.

Essa orientação vem desde a Constituição de 1891, que, por seu turno, inspirou-se no direito norte-americano e no jusnaturalismo marcante na época.

O § 2º do art. 5º da Constituição de 1988 traz consigo a máxima de que a enumeração dos direitos fundamentais no Brasil não é exaustiva. Além do rol do art. 5º, a Carta é aberta a outros, decorrentes dos regimes e dos princípios por ela adotados.

A regra hoje encontrada na Constituição Federal, na sua redação aperfeiçoada desde a primeira Constituição Republicana, portanto, é resultado da abertura democrática pela qual passou o Brasil a partir de 1985, absorvendo o processo de internacionalização dos direitos humanos depois da Segunda Guerra Mundial e do fim da Guerra Fria. Na ocasião, foram criados órgãos de monitoramento internacional e elaborados documentos de proteção dos direitos humanos, conforme observa Flávia Piovesan (2015, p. 382): “Como tema global, os direitos humanos passam a ser preocupação legítima da comunidade internacional”. E a garantia dos direitos humanos internamente legitima os governos na esfera mundial, o que recomenda uma interação entre esses dois níveis de influência.

Também com a doutrinadora, é de se ponderar: “A afirmação dos direitos como tema global vem ainda acenar para a relação de interdependência existente entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos”, na esteira do que preceitua a Declaração e o Programa

de Ação de Viena, de 1993, o primeiro documento das Nações Unidas a endossar expressamente a democracia como forma de governo mais favorável ao respeito dos direitos humanos e liberdades fundamentais (PIOVESAN, 2015, p. 383-384).

Decorre disso a relevância do cotejo entre o art. 4º, II, da Constituição Federal de 1988, com os dispositivos constitucionais que balizam as relações internacionais do país (§§ 1º, 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal), aí incluídos os poderes atribuídos ao Congresso Nacional (art. 49, I), ao Presidente da República (art. 84, VIII) e à Procuradoria-Geral da República (art. 109, § 5º). Igualmente relevante é o papel desenvolvido pelo Judiciário no manejo de tratados e das demais fontes do direito internacional dos direitos humanos, sem se descuidar de que, nos termos do art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o Brasil propugnaria pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos, além de se submeter à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão (§ 4º do art. 5º da Constituição Federação de 1988).

Surgem, portanto, à vista do exposto, algumas questões relevantes.

A primeira condiz com o rito processual de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos. Não é detalhado, completo, não foi totalmente descrito na Constituição, particularmente quanto à fixação de prazos para se deflagrar e processar a ratificação, rendendo ensejo à não ratificação ou à demora injustificada na concretização desse ato jurídico complexo. Foi o que se verificou com a incorporação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que aguardou por 23 anos para ser enviada ao Congresso para aprovação. Isso, enfim, prejudica ou até impede a entrada em vigor dos atos internacionais relevantes.

De fato, preocupa o hiato por vezes existente – e consta não serem poucas as situações em que isso ocorre – entre a assinatura de tratados de direitos humanos e a ratificação desses acordos, ensejando um vazio protetivo que merece ser considerado, levando a indagar qual a força interna de um tratado ou convenção não ratificados, à luz do art. 4º, II, da Constituição Federal.

É preciso ainda discorrer sobre a hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos no Brasil, perquirindo se, em determinados casos, conforme o rito de ratificação, haveria distinção entre tratados, alguns recepcionados materialmente, outros como formal e materialmente constitucionais.

O trabalho exige, igualmente, abordagem sobre o status, a efetividade e a aplicabilidade das normas de direito internacional de resguardo de direitos humanos no Brasil,

quer depois de admitidas na ordem jurídica interna por meio de tratados, quer por invocação das fontes extraconvencionais de direito internacional dos direitos humanos.

Por fim, é relevante ter em mente qual o papel que os entes legitimados à defesa dos direitos humanos no país, particularmente o Ministério Público, através dos instrumentos processuais e extraprocessuais que lhes são disponibilizados, podem desempenhar nesse panorama

Para tanto, conforme se nota do capítulo inaugural, depois de apresentar o conceito e realizar um apanhado histórico sobre a afirmação dos direitos humanos no exterior e no Brasil, trataremos da distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais.

No tópico seguinte, abordaremos aspectos relevantes do direito internacional dos direitos humanos, suas fontes e o sistema brasileiro de incorporação dos tratados.

No penúltimo capítulo, interpretaremos o art. 4º, II, da Constituição Federal, e discorreremos sobre os reflexos internos do princípio constitucional ali arrolado, sempre em harmonia com os ditames dos §§ 1º a 3º do art. 5º da Constituição Federal. Indicaremos situações de vulnerabilidade decorrentes da postura do governo brasileiro – leia-se da Presidência da República e do Congresso Nacional – no tocante à incorporação e aplicação de tratados de direitos humanos no país, questionando o poder do Chefe do Executivo de firmar ou não um tratado, de denunciá-lo e de cumprir as obrigações pactuadas. Para enfrentar referidas situações, discutiremos a possibilidade de aplicação das normas, em sentido amplo, de direito internacional de direitos humanos no âmbito nacional.

O último capítulo da dissertação é dedicado ao papel do Ministério Público na tutela dos direitos humanos, abordando o incidente de deslocamento de competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal nos casos de grave violação dos direitos humanos (art. 109, § 5º, da Constituição Federal de 1988), além de alguns aspectos da ação civil pública, do inquérito civil e do termo de ajustamento de conduta, que são os instrumentos jurídicos mais utilizados pela instituição.

A metodologia utilizada na pesquisa consistiu na análise e elucidação das causas e consequências dos fatos e fenômenos descritos como objeto deste estudo, a fim de coletar os subsídios necessários e suficientes à solução dos problemas delimitados.

A pesquisa foi predominantemente bibliográfica, com a utilização de livros, revistas, publicações especializadas, artigos e dados oficiais publicados em *sites* especializados.

2 DIREITOS HUMANOS: CONCEITO E ABORDAGEM HISTÓRICA

2.1 Conceito e dinâmica dos direitos humanos na ordem internacional

A tarefa de conceituar direitos humanos remete aos primados da liberdade, da igualdade e da dignidade do ser humano.

Desde que o patamar mínimo desses valores seja assegurado, já é possível falar, em princípio, numa existência que proporcione bem-estar, além de oportunidade de desenvolvimento individual e social.

A liberdade implica em respeito a essa individualidade, quer pelos semelhantes, quer pelo Estado. A par da abstenção de controles, pode, ainda, traduzir-se na possibilidade de exigir-lhes a atuação para garantia de direitos e satisfação das necessidades básicas.

Igualdade, quanto ao fato de que todos devem receber tratamento semelhante pela lei e não de ter as mesmas oportunidades de exercerem os seus direitos.

Quanto à dignidade, na definição proposta por Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 60), consiste na “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”. Reúne, então, “um complexo de direitos e deveres fundamentais” cujo objetivo é resguardar a pessoa contra “ato de cunho degradante e desumano”, proporcionar-lhe “as condições existenciais mínimas para uma vida saudável”, além de “promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.

Daí a definição de direitos humanos de Antônio Enrique Pérez Luño, sempre lembrada, por conta da referência ao componente histórico que deve se fazer presente nessa tarefa:

[...] conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional. (PÉREZ LUNO, 1995, p. 48).

Portanto, “os direitos humanos asseguram uma vida digna, na qual o indivíduo possui condições adequadas de existência, participando ativamente da vida de sua comunidade” (RAMOS, 2016b, p. 41), podendo ser conceituado como “conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade” e classificado em direito-pretensão, direito-liberdade, direito-poder e direito-imunidade (RAMOS, 2018, p. 29-30).

Segundo André de Carvalho Ramos, o direito-pretensão pressupõe o correspondente dever de prestação. Para ilustrar, o direito à educação fundamental corresponde ao dever de o Estado prestá-la gratuitamente (Constituição Federal, art. 208, I).

O direito-liberdade se funda na não interferência de terceiro, como ocorre, por exemplo, com a liberdade de religião (Constituição Federal, art. 5º, VI).

Quanto ao direito-poder, está calcado na possibilidade de exigir determinada conduta, da mesma forma que o direito à assistência da família e de advogado, quando presa a pessoa, obrigando a autoridade a providenciar os contatos necessários (Constituição Federal, art. 5º, LXIII).

Por sua vez, o direito-imunidade afasta interferências na vida pessoal, como na imunidade à prisão, salvo por ordem judicial ou flagrante delito (Constituição Federal, art. 5º, LVI).

Percebem-se daí as várias maneiras de cumprimento dos direitos humanos, ora exigindo conduta ativa, ora abstenção, por vezes incumbindo-se a tarefa ao Estado, outras aos particulares, quando não a ambos.

O doutrinador elenca quatro elementos próprios dos direitos humanos: universalidade, essencialidade, superioridade normativa ou preferenciabilidade, e reciprocidade (RAMOS, 2018, p. 30-31).

São universais porque tocam a todas as pessoas, alijando superioridade ou inferioridade. Essenciais, porque indispensáveis à vida, cabendo a todos defendê-los. O patamar normativo dos direitos humanos é superior, não decaindo frente a razões de Estado, prevalecendo, sem caso de conflito com outras normas.

Por derradeiro, a reciprocidade, nas palavras do especialista:

[...] é fruto da teia de direitos que une toda a comunidade humana, tanto na titularidade (são direitos de todos) quanto na sujeição passiva: não há só o estabelecimento de deveres de proteção de direitos ao Estado e seus agentes públicos, mas também a coletividade como um todo. (RAMOS, 2018, p. 30).

André de Carvalho Ramos conclui: “Essas quatro ideias tornam os direitos humanos como vetores de uma sociedade humana pautada na igualdade e na ponderação dos interesses de todos (e não somente de alguns)”, com o que surge a noção de convivência dos direitos de uma pessoa com os direitos dos outros, dentre os quais os do Estado. Verificado o conflito de interesses, procede-se à ponderação dos valores envolvidos para se estabelecer “limites, preferências e prevalências” (2018, p. 30). Assim, “nasce a necessidade de

compreendermos como é feita a convivência entre os direitos humanos em uma sociedade de direitos, nos quais os direitos de diferentes conteúdos interagem” (2018, p. 31).

Como se sabe, há um processo de formação e afirmação dos direitos humanos, assim como ocorre com outros ramos do direito. É possível, por isso, identificar, ao longo da história, alguns marcos evidenciando esse processo.

Desde a Antiguidade, surgidos os grupamentos humanos, advieram conflitos cuja tônica era a “luta contra a opressão e busca do bem-estar do indivíduo; conseqüentemente, suas ‘ideias-âncoras’ são referentes à justiça, igualdade e liberdade” (RAMOS, 2018, p. 33).

Com isso, paulatinamente, foram se sedimentando as bases e a estrutura dos direitos humanos:

A contar dos primeiros escritos das comunidades humanas ainda no século VIII a.C. até o século XX d.C., são mais de vinte e oito séculos rumo à afirmação universal dos direitos humanos, que tem como marco a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. (RAMOS, 2018, p. 33).

É claro que em se tratando de um processo marcado por avanços e retrocessos, nas diferentes épocas o resguardo de direitos humanos conviveu com desrespeitos que atualmente não seriam aceitos. Dentre eles, podemos citar a posição ocupada pelas mulheres nas sociedades desse período, a escravidão e o tratamento dispensado às pessoas com deficiência.

A deflagração do reconhecimento de direitos individuais do ser humano visando primordialmente à proteção da pessoa e dos seus bens contra investidas do Estado pode ser constatada no Egito antigo e na Mesopotâmia. Demonstrem esse fato os escritos embasados em contratos, testamentos e em decisões dos juízes da época, pois:

Apesar da precariedade das fontes do direito egípcio (o mais antigo que se conhece é o Papiro de Berlim, da IV Dinastia), já se falava em tribunais, onde os juízes eram dignatários locais e julgavam em nome do Faraó, orientados por um funcionário do Estado, que dirigia o julgamento. (GUERRA, 2017, p. 52).

Digna de destaque é a “influência filosófico-religiosa da pessoa humana, que pode ser sentida com a propagação das ideias de Buda, basicamente sobre a igualdade de todos os homens (500 a.C.)” (GUERRA, 2017, p. 53). Além disso,

No centro do período axial, entre 600 e 480 a.C., coexistiram, sem se comunicarem entre si, alguns dos maiores doutrinadores de todos os tempos: Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsé e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e o Dêutero-Isaías em Israel. Todos eles, cada um a seu modo, foram autores de visões do mundo, a partir da qual estabeleceu-se a grande linha divisória histórica: as explicações mitológicas anteriores são

abandonadas, e o curso posterior da História passa a constituir um longo desdobramento das ideias e princípios expostos durante esse período. (COMPARATO, 2017, p. 20-21).

A civilização greco-romana contribuiu sobremaneira com os estudos sobre a igualdade e a liberdade, bem assim com a conformação jurídica de direitos:

[...] destacando-se as previsões de participação política dos cidadãos (democracia direta de Péricles); a crença na existência de um direito natural anterior e superior às leis escritas, defendida no pensamento dos sofistas e estoicos (por exemplo, na obra *Antígona* – 441 a.C. –, Sófocles defende a existência de normas não escritas e imutáveis, superiores aos direitos escritos pelo homem). Contudo, foi o Direito romano que estabeleceu um complexo mecanismo de interditos visando tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais. A Lei das doze tábuas pode ser considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão. (MORAES, 2011, p. 6).

Segue-se a forte influência do Cristianismo:

[...] com a mensagem de igualdade de todos os homens, independentemente de origem, raça, sexo ou credo, influenciou diretamente a consagração dos direitos fundamentais, enquanto necessários à dignidade da pessoa humana. (MORAES, 2011, p. 6-7).

E o acentuado avanço no reconhecimento e na consolidação dos direitos humanos adveio, então, a partir do século XVIII.

É na Inglaterra que surgem os mais importantes documentos históricos de declarações de direitos humanos: a) a *Magna Charta Libertatum*, de 15 de junho de 1215, tratando, por exemplo, da proporcionalidade entre delito e sanção, do devido processo legal, do acesso à justiça, da liberdade de locomoção e da livre entrada e saída do país; b) a *Petition of Right*, de 1628, assegurando que “nenhum homem livre ficasse sob prisão ou detido ilegalmente” (2011, p. 7); c) o *Habeas Corpus Act*, de 1679; d) a *Bill of Rights*, com limitações expressas ao reinado, de modo a privilegiar a vontade da lei frente às decisões da Coroa; e) o *Act of Settlement*, de 1701, enaltecendo a vontade da lei e do Parlamento.

Nos Estados Unidos da América, vieram a lume a Declaração de Virgínia, em 1776, com declaração de direitos de viés jusnaturalista, a própria Declaração de Independência, em 1776, e a Constituição dos Estados Unidos da América, em 1787, acrescida das dez emendas, em 1791.

Para Fábio Konder Comparado (2017, p. 62), o artigo I da Declaração de Virgínia “constitui o registro de nascimento dos direitos humanos na história”.

Este o teor do artigo I da Declaração de Virgínia:

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.

Na França, entretanto, é que se sobressai a normatização mais significativa dos direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789: “O impacto na época foi imenso: aboliram-se os privilégios, direitos feudais e imunidades de várias castas, em especial da aristocracia de terras. O lema dos agora revolucionários era de clareza evidente: ‘liberdade, igualdade e fraternidade’” (RAMOS, 2018, p. 45).

Em suma:

A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamou os direitos humanos a partir de uma premissa que permeara os diplomas futuros: *todos os homens nascem livres e com direitos iguais*. Há uma clara *influência jusnaturalista*, pois, já no seu início, a Declaração menciona “os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem”. São apenas *dezesete* artigos, que acabaram sendo adotados como um preâmbulo da Constituição francesa de 1791 e que condensam várias ideias depois esmiuçadas pelas Constituições e tratados de direitos humanos posteriores, como, por exemplo: soberania popular, sistema de governo representativo, igualdade de todos perante a lei, presunção de inocência, direito à propriedade, à segurança, liberdade de consciência e de opinião, de pensamento, bem como o dever do Estado Constitucional de garantir os direitos humanos. Esse *dever de garantia* ficou expresso no sempre lembrado artigo 16 da Declaração, que dispõe: “Toda sociedade onde a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição” (RAMOS, 2018, p. 45-46).

Fábio Konder Comparato (2017, p. 65) reflete sobre as declarações americana e francesa, destacando a influência de ambas no desenvolvimento e na afirmação dos direitos humanos:

As declarações de direitos norte-americanas, juntamente com a Declaração francesa de 1789, representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas. É preciso reconhecer que o terreno, nesse campo, fora preparado mais de dois séculos antes, de um lado pela reforma protestante, que enfatizou a importância decisiva da consciência individual em matéria de moral e religião; de outro lado, pela cultura da personalidade de exceção, do herói que forja sozinho o seu próprio destino e os destinos do seu povo, como se viu, sobretudo, na Itália renascentista.

O autor também observa que, à época, empregados e empregadores gozavam de igualdade de direitos perante a lei. No entanto, na realidade, o patronato era quem estipulava os salários e as condições de trabalho, provocando, isto sim, desigualdades que levaram a

classe trabalhadora a se unir, emergindo desse movimento os direitos humanos de caráter econômico e social. É o que se percebe das Constituições francesa, de 1848, mexicana, de 1917, e da Constituição de Weimar, de 1919 (COMPARATO, 2017, p. 65-66).

Segue-se, então, o que se denomina de internacionalização dos direitos humanos, iniciada na segunda metade do século XIX, embasada em iniciativas que trataram, por exemplo, de direito humanitário¹, da escravidão e dos direitos do trabalhador assalariado. Dessas iniciativas decorreram a Convenção de Genebra, de 1864, da qual resultou a fundação da Comissão Internacional da Cruz Vermelha, em 1880; o Ato Geral da Conferência de Bruxelas, de 1890, no tocante ao tráfico de escravos africanos; e a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, para proteger o trabalhador assalariado.

Flávia Piovesan (2015, p. 190) destaca a criação da Liga das Nações, em 1920, com o intuito de “promover a cooperação, paz e segurança internacional, condenando agressões externas contra a integridade territorial e a independência política de seus membros.”

Por fim, uma sensível preocupação com os direitos humanos é notada a partir da Segunda Guerra Mundial, posto que as atrocidades vivenciadas despertaram a atenção para o que representa a dignidade humana: “O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos.” (COMPARATO, 2017, p. 68-9).

Flávia Piovesan (2015, p. 197) complementa:

A necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional, que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteger os direitos humanos.

Nesse contexto, advieram a Organização das Nações Unidas, em 1945, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948.

Antes, porém, da Declaração Universal, o Tribunal de Nuremberg teve significativa importância no movimento de internacionalização dos direitos humanos, conforme destaca Flávia Piovesan (2015, p. 198).

¹ “O Direito Internacional Humanitário (DIH) consiste no conjunto de normas jurídicas internacionais de origem convencional ou consuetudinária, que disciplina os conflitos armados, internacionais ou não internacionais, restringindo os meios e os métodos utilizados na guerra, assegurando direitos aos não combatentes (feridos, prisioneiros de guerra e população civil) e também punindo aqueles que cometem violações a suas regras” (RAMOS, 2016, p. 73).

Diante do abalo decorrente dos abusos ocorridos na Segunda Guerra Mundial, o Reino Unido, os Estados Unidos, a França e a União Soviética concretizaram o Acordo de Londres, em 1945, formando um Tribunal Militar Internacional para julgar os responsáveis pela prática de crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. As infrações foram definidas em documento anexado ao Acordo.

Quanto à ONU, de acordo com a Carta assinada em 26 de junho de 1945, em São Francisco, Califórnia, nos Estados Unidos, após o término da Conferência sobre Organização Internacional, os propósitos das Nações Unidas foram assim fixados:

1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz;
2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;
3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e
4. Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns.

Por sua vez, a Declaração Universal dos Direitos Humanos enalteceu os valores da igualdade e da liberdade, deu corpo à ética universal, e tratou dos direitos civis e políticos, bem assim dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Sidney Guerra (2017, p. 113) pondera:

De fato, a questão sobre a indivisibilidade e a universalidade dos direitos humanos torna-se tema global, e a dignidade da pessoa humana reflete-se como fundamento de muitas constituições a partir de então. Inaugura-se, portanto, o momento cuja essência dos direitos humanos, parafraseando Hannah Arendt, consiste no “direito a ter direitos”.

Fábio Konder Comparato (2017, p. 69-70) enfatiza:

A Declaração Universal, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, e a Convenção Internacional sobre a preservação e punição do crime de genocídio, aprovada um dia antes também no quadro da ONU, constituem os marcos inaugurais da nova fase histórica, que se encontra em pleno desenvolvimento. Ela é assinalada pelo aprofundamento e a definitiva internacionalização dos direitos humanos. Após o término da 2ª Guerra Mundial, dezenas de convenções internacionais, exclusivamente dedicadas à matéria, foram

celebradas no âmbito da Organização das Nações Unidas ou das organizações regionais, e mais de uma centena foram aprovadas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho. Não apenas os direitos individuais, de natureza civil e política, ou os direitos de conteúdo econômico e social foram assentados no plano internacional. Afirmou-se também a existência de novas espécies de direitos humanos: direitos dos povos e direitos da humanidade.

Dois Pactos Internacionais, celebrados no quadro das Nações Unidas em 1966, compendiarão o conjunto dos direitos civis e políticos, bem como os direitos econômicos, sociais e culturais. Em 1981, na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, reconheceu-se que todos os povos devem ser tratados com igual respeito, tendo direito à autodeterminação, à livre disposição de sua riqueza e de seus recursos naturais, ao desenvolvimento econômico, social e cultural, bem como à paz e à segurança. Chegou-se enfim ao reconhecimento de que à própria humanidade, como um todo solidário, devem ser reconhecidos vários direitos: à preservação de sítios e monumentos, considerados parte integrante do patrimônio mundial, à comunhão nas riquezas minerais do subsolo marinho, à preservação do equilíbrio ecológico do planeta.

A contrapartida dos direitos humanos são deveres da mesma natureza. Até o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, os deveres correspondentes aos direitos humanos eram considerados incumbidos apenas ao Estado. Hoje, reconhece-se que, além dos Poderes Públicos, todos os indivíduos e as pessoas jurídicas de direito privado têm o dever de respeitar os direitos humanos de qualquer espécie.

Por fim, devemos recordar a importância da Conferência de Viena sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, de 14 a 25 de junho de 1993. A respeito da representatividade do evento e do seu significado político, José Augusto Lindgren Alves escreve:

Numa de suas reflexões político-filosóficas sobre o mundo moderno, Norberto Bobbio, ao examinar a possibilidade de se encontrar hoje o “sentido” da História, em termos hegelianos, identifica na crescente importância atribuída ao tema dos direitos humanos o principal sinal de progresso moral da humanidade (BOBBIO, 2004, p. 49-64). Em meio às vicissitudes da atualidade, marcada pela violência, tanto no âmbito interno brasileiro quanto na esfera internacional, é, sem dúvida, difícil falar em progresso moral ou “sentido positivo da História”. Todavia, levando em conta que um pouco de utopia é essencial para que a convivência humana possa prosseguir sem reverter ao “estado da natureza”, não há como negar a importância da Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, de 14 a 25 de junho de 1993. (1994, p. 23-35).

O diplomata participou ativamente da Conferência, testemunhando que “foi a maior concentração jamais havida sobre o tema”. Ocorreu após a Rio-92 e contou com delegações oficiais de 171 Estados; foi frequentada por cerca de 2 mil organizações não governamentais e envolveu aproximadamente 10 mil pessoas durante as discussões realizadas ao longo de 15 dias. Teve mesmo uma significativa relevância no tratamento internacional dos direitos humanos:

Observadas as especificidades das respectivas matérias, a Conferência de Viena foi para os direitos humanos o que a Rio-92 foi para o meio ambiente. A mobilização terá contribuído substantivamente para consolidar e difundir a importância desses “temas globais”, de interesse para toda a humanidade. Os marcos referenciais para o trabalho nacional e internacional sobre ambos, contudo, são os documentos de caráter governamental delas emanados: a Agenda 21, da Conferência do Rio de Janeiro, para o meio ambiente e o desenvolvimento, e a Declaração e o Programa de Ação de Viena, para os direitos humanos (ALVES, 1994, p. 23-24).

Adiante, consigna:

Com um preâmbulo de 17 parágrafos, uma parte operativa conceitual de 39 artigos e um programa de ação com 100 parágrafos recomendatórios, a Declaração de Viena é o documento mais abrangente adotado consensualmente pela comunidade internacional sobre o tema. E, tendo-se em conta que a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 foi adotada por votação (48 a zero com 8 abstenções), quando a Assembleia Geral da ONU contava com apenas 56 membros (a maioria dos Estados atuais tinha ainda *status* de colônia)², é possível dizer que foi a Declaração de Viena que conferiu caráter efetivamente universal aos direitos definidos no primeiro documento.

A *reafirmação da universalidade dos direitos humanos* constituiu, por sinal, uma das conquistas mais difíceis da Declaração de Viena. Não havendo participado da elaboração e da aprovação da Declaração Universal, e em função de seus sistemas culturais, religiosos e ideológicos diferentes daqueles do Ocidente, muitos países asiáticos e africanos insurgiram-se, no processo preparatório, contra a própria idéia dos direitos humanos que inspirou o texto de 48. Algumas delegações chegaram a declarar, no Plenário e nas discussões de trabalho da Conferência, que ela correspondia a uma tentativa de imposição de valores ocidentais sobre o resto do mundo. Sua aceitação de tais direitos seria, pois, sempre condicionada à adaptabilidade de cada um desses direitos aos respectivos sistemas. Em vista de tais posturas, foi um tento extraordinário da Conferência de Viena conseguir superar o relativismo cultural ou religioso ao afirmar, no Artigo 1º da Declaração: “A natureza universal de tais direitos e liberdades não admite dúvidas”. Quanto às peculiaridades de cada cultura, são elas tratadas adequadamente no Artigo 5º, onde se registra que as peculiaridades históricas, culturais e religiosas devem ser levadas em consideração, mas os Estados têm o dever de promover e proteger *todos* os direitos humanos, independentemente dos respectivos sistemas. (1994, p. 27).

2.2 As gerações ou dimensões dos direitos humanos

Dando continuidade ao encadeamento histórico dos direitos humanos, não podemos deixar de nos referir à teoria das gerações ou dimensões³, que dizem respeito “à

² A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10/12/1948, em votação na qual se abstiveram a África do Sul, Arábia Saudita, Bielorrússia, Iogoslávia, Polônia, Checoslováquia, Ucrânia e União Soviética.

³ Alguns doutrinadores preferem o termo dimensões, para afastar eventual interpretação de que cada uma dessas categorias seria estanque, não se comunicando com as demais, o que não corresponderia à realidade. Elas convivem, se inter-relacionam, se complementam e acabam mesmo formando um todo uno e indivisível.

forma e ao momento em que os direitos humanos foram concebidos.” (GUERRA, 2017, p. 65).

A propósito, Sidney Guerra (2017, p. 66) faz o seguinte apanhado:

Partindo da análise do modelo inglês (que servirá para demonstrar inicialmente as dimensões dos direitos humanos), verifica-se que os direitos se firmaram a partir de três momentos distintos, no decorrer de três séculos: os direitos civis, que podem ser expressos pela igualdade perante a lei e pelos direitos do homem, no século XVIII; os direitos políticos ganharam amplitude no século XIX, em decorrência da ampliação do direito de voto no sentido do sufrágio universal; os direitos sociais, no século XX, pela criação do Estado de Bem-Estar (*Welfare State*). Dessa forma, evidencia-se que os direitos civis foram consagrados durante o século XVIII, ao passo que o período de formação dos direitos políticos foi o século XIX e o advento dos direitos sociais ocorreu no século XX.

Por isso se cogita de diversas fases de reconhecimento dos direitos humanos.

Antônio Augusto Cançado Trindade (1997, p. 24-5), no entanto, critica a classificação mencionada:

Ainda outro exemplo, de um mal-entendido que gradualmente se vem dissipando, diz respeito à fantasia das chamadas “gerações de direitos”, a qual corresponde a uma visão atomizada ou fragmentada destes últimos no tempo. A noção simplista das chamadas “gerações de direitos”, histórica e juridicamente infundada, tem prestado um desserviço ao pensamento mais lúcido a inspirar a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Distintamente do que a infeliz invocação da imagem analógica da “sucessão geracional” pareceria supor, os direitos humanos não se “sucedem” ou “substituem” uns aos outros, mas antes se expandem, se acumulam e fortalecem, interagindo os direitos individuais e sociais.

O que testemunhamos é o fenômeno não de uma sucessão, mas antes da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, a revelar a natureza complementar de todos os direitos humanos. Contra as tentações dos poderosos de fragmentar os direitos humanos em categorias, ou projetá-los em “gerações”, postergando sob pretextos diversos a realização de alguns destes (e.g., os direitos econômicos, sociais e culturais) para um amanhã indefinido, se insurge o Direito Internacional dos Direitos Humanos, afirmando a unidade fundamental de concepção e a indivisibilidade de todos os direitos humanos.

Contudo, é interessante abordar essa classificação, porque, para além do seu didatismo, ela demonstra que o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos têm suas vicissitudes, passando por avanços e retrocessos, na medida em que

[...] os direitos fundamentais – como categoria histórica materialmente aberta – são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por

situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano. (SARLET, 2016, p. 318).

Ingo Sarlet (2004, p. 53) ainda destaca:

Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se a crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal das primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferentes posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Novas demandas sociais clamam pelo reconhecimento de novos direitos e as várias gerações ou dimensões dos direitos humanos refletem esse caráter de inesgotáveis que são.

Assim, André de Carvalho Ramos (2018, p. 57) recorda que em 1979, na conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, o jurista francês Karel Vasak mencionou a existência de três gerações de direitos humanos, associando cada uma delas aos ideais da Revolução Francesa, ou seja, liberdade, igualdade e fraternidade.

A primeira geração abarca os direitos de liberdade, ou de defesa, em que a pessoa se vê protegida contra atuação abusiva do Estado. Ela corresponde aos direitos civis e políticos. Surgiram no contexto das revoluções históricas dos Estados Unidos e da Europa para limitar o poder absolutista, obrigando a se abster de violar direitos humanos, mas também a garantir a liberdade, a igualdade perante a lei, a propriedade, a intimidade e a segurança das pessoas.

Também servem de exemplo a liberdade de expressão, de imprensa, de manifestação, reunião e associação. Nessa seara, são lembradas as garantias processuais do devido processo legal, o *habeas corpus* e o direito de petição:

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, 2018, p. 578).

A segunda geração já demanda a atuação do Estado, principalmente os direitos materiais, e guardam relação histórica (séculos XIX e XX) com a época das lutas sociais, das quais advieram o reconhecimento de direitos dos trabalhadores, como direito a férias, repouso semanal remunerado, salário mínimo, limitação da jornada de trabalho, sindicalização e greve (SARLET, 2016, p. 313), mas também o direito à saúde, educação e habitação digna, por exemplo.

Para Paulo Bonavides (2018, p. 578), tratam-se dos direitos sociais, culturais e econômicos e “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”.

Quanto aos direitos humanos de terceira geração, correspondem ao lema da fraternidade, ou da solidariedade.

Nessa categoria, encaixam-se os direitos transindividuais, voltados ao coletivo ou social: o direito ao desenvolvimento, à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao direito de comunicação, para exemplificar.

O Supremo Tribunal Federal já se utilizou da classificação mencionada em 1995, ao julgar o MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, anotando:

[...] os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (RAMOS, 2018, p. 59).

Para além dessas dimensões de direitos humanos, atentando-se à aludida inexauribilidade, já se sustenta a existência de direitos de quarta, quinta e sexta dimensões.

A quarta geração vem na esteira da globalização dos direitos fundamentais e da institucionalização do Estado social.

São exemplos clássicos, o direito à paz, à democracia direta, à informação e ao pluralismo, na concepção do seu idealizador, o constitucionalista Paulo Bonavides (2018, p. 585-6).

Ingo Wolfgang Sarlet (2016, p. 2016) recorda, como retratos exemplares de direitos de quarta geração no Brasil, alusivos à democracia direta, a participação popular no processo decisório dos poderes, “como ocorre com os Conselhos Tutelares (no âmbito da

proteção da infância e da juventude) e especialmente com as experiências no plano do orçamento participativo”.

Quanto ao direito à paz, o autor destaca fundamentalmente:

[...] a percepção de que a paz (interna e externa), não reduzida à ausência de guerra entre as nações ou de ausência de guerra civil (interna), é a condição para a democracia, o desenvolvimento e o progresso social, econômico e cultural, pressuposto, portanto (embora não exclusivo), para a efetividade dos direitos humanos e fundamentais de um modo geral. (SARLET, 2016).

Os direitos da quinta dimensão decorreriam do avanço tecnológico e da informação, da internet e da realidade virtual.

Na sexta estaria o direito ao acesso à água potável.

Existem críticas à ideia das três últimas categorias, porque elas poderiam ser consideradas releitura de temas já abarcados nas esferas iniciais.

2.3 Breve abordagem histórica e jurídica dos direitos humanos no Brasil

A primeira Constituição do país veio em 1824, na época do Império, e já trazia, em seu artigo 179, uma relação de direitos que deviam ser resguardados pelo Estado, mas é preciso observar que, apesar de garantirem a inviolabilidade dos direitos civis e políticos, tendo por base “a liberdade, a segurança individual, e a propriedade”, convivia-se com a escravidão, o voto censitário e com o alijamento das mulheres.

A Constituição republicana manteve o rol de direitos e em complemento, como recorda André de Carvalho Ramos, no artigo 78, trouxe consigo o princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais: “a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição *não exclui* outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da *forma de governo* que ela estabelece e dos *princípios* que consigna.” (2018, p. 481).

A Constituição de 1934 continha uma declaração de direitos civis e políticos, porém, a grande novidade foi a previsão de direitos sociais, particularmente trabalhistas.

Em 1937, no Estado Novo de Getúlio Vargas, a Constituição também elencou os direitos e garantias individuais. Contudo, estipulou que teriam por limite “o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado” (art. 123).

Em 1946, tivemos uma Constituição que privilegiava o Estado Democrático de Direito, posto que o país havia saído há pouco tempo de um regime político rigoroso. Era

natural que a Lei Maior trouxesse dispositivos tendentes a restaurar a democracia e a preservar os direitos e garantias individuais.

Dentre avanços e retrocessos, sobreveio a Constituição de 1967, em época de ditadura militar. Os direitos e garantias individuais não foram excluídos do texto. Porém, o art. 151 tratou do abuso dos direitos individuais e políticos. Assim, o atentado à ordem democrática ou a prática de corrupção implicava na suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 2 a 10 anos por declaração do Supremo Tribunal Federal em processo deflagrado pelo Procurador-Geral da República.

Derradeiramente, chega-se à Constituição de 1988, conhecida como Constituição cidadã, considerando o prestígio conferido não só aos direitos e garantias individuais e sociais, mas também aos direitos coletivos e difusos, cuja expressão mais marcante encontrada no Texto é a destinação de capítulo específico tratando do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental expressamente reconhecido a partir do § 2º do art. 5º, vale dizer, decorrente do regime e dos princípios adotados pela Carta.

Trata-se de marco jurídico da retomada do regime democrático, com foco exposto na cidadania e na dignidade humana, conforme se nota dos incisos II e III do art. 1º, com o objetivo claro de reduzir as desigualdades sociais, erradicar a pobreza e a marginalização e impedir a discriminação.

Por fim, André de Carvalho Ramos (2018, p. 482) destaca duas grandes novidades no âmbito da matéria à qual ora nos dedicamos: (a) por meio do § 2º do art. 5º, como também do art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a aceitação da internacionalização dos direitos humanos, com referência expressa aos tratados internacionais e a um tribunal internacional de direitos humanos; e (b) a referência à Defensoria Pública e a mudança de perfil do Ministério Público, “que deixou de ser vinculado ao Poder Executivo e ganhou autonomia, independência funcional e a missão de defesa dos direitos humanos”.

3 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais

Objetivamente, fundamentais são os direitos presentes na esfera constitucional, enquanto os direitos humanos se atrelam aos preceitos de direito internacional, condizentes com a dignidade do ser humano, independentemente da recepção por qualquer estatuto constitucional de um país.

Estes últimos irradiam seus efeitos de modo universal, servindo a todos os povos e lugares. São bons exemplos desses diplomas a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Declaração Europeia de Direitos do Homem e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Contudo, uns não excluem os outros; ao contrário, interagem.

Dalmo de Abreu Dallari (1998, p. 7) considera os direitos humanos como:

[...] uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida.

Na definição de Gregorio Peces-Barba Martínez (1987, p. 14-15), recordado por André de Carvalho Ramos (2018, p. 40), os direitos humanos são:

[...] faculdades que o Direito atribui a pessoas e aos grupos sociais, expressão de suas necessidades relativas à vida, liberdade, igualdade, participação política, ou social ou a qualquer outro aspecto fundamental que afete o desenvolvimento integral das pessoas em uma comunidade de homens livres, exigindo o respeito ou a atuação dos demais homens, dos grupos sociais e do Estado, e com garantia dos poderes públicos para restabelecer seu exercício em caso de violação ou para realizar sua prestação.

Já tratando dos direitos fundamentais no sistema constitucional brasileiro, fala-se também, a partir da ideia de José Joaquim Gomes Canotilho (2018), em dupla fundamentalidade, distinguindo-se a formal, da material.

Assim, na fundamentalidade formal, acham-se os direitos positivados, explícita ou implicitamente, na Constituição.

Aqueles elencados na Carta ocupam posição destacada no tocante às demais normas constitucionais, estão sujeitos a limites formais (procedimento agravado) e materiais de reforma (cláusulas pétreas), com garantia do núcleo essencial, aplicabilidade imediata,

vinculando o poder público e os particulares, e são protegidos por instrumentos judiciais que lhes garantam a efetividade (*habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção).

A fundamentalidade material “implica a análise do conteúdo dos direitos, isto é, da circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana.” (SARLET, 2016, p. 320).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 admite a existência de direitos fundamentais além daqueles elencados nos diversos incisos do art. 5º (§ 2º do art. 5º da Constituição Federal).

André de Carvalho Ramos (2018, p. 263) observa:

Há sempre a possibilidade de uma compreensão aberta do âmbito normativo das normas de direitos humanos, que fixa margens móveis para o conjunto de direitos humanos assegurados em uma determinada sociedade. Enquadra-se como parte do conjunto dos direitos humanos, então, aquele direito cujo conteúdo é decisivamente constitutivo da manutenção da dignidade da pessoa humana em determinado contexto histórico. Esse filtro axiológico, que é a fundamentalidade material, existe mesmo com a positivação constitucional e internacional dos chamados direitos humanos, sendo também denominado eficácia irradiante dos direitos fundamentais. Assim, os direitos humanos são dotados de uma carga expansiva, devendo a sua interpretação ser ampliativa, de modo a favorecer o indivíduo. Logo, como sustenta Rothenburg (1999, p. 59), “o catálogo previsto de direitos fundamentais nunca é exaustivo (inexauribilidade ou não tipicidade dos direitos fundamentais), a ele podendo ser sempre acrescidos novos direitos fundamentais”. A própria Constituição brasileira de 1988, em seu art. 5º, § 2º, faz remissão a outros direitos fundamentais não constitucionalizados. Fica claro que a fundamentalidade formal (fruto da positivação) aceita a fundamentalidade material.

Refere, ainda:

Além da Constituição brasileira, várias outras Constituições reconhecem expressamente a abertura dos direitos humanos, dispondo que o rol de direitos nelas reconhecidos é apenas exemplificativo e não taxativo. Citem-se, por exemplo, a Constituição argentina (artigo 33), a Constituição da Colômbia (artigo 94), a Constituição da Costa Rica (artigo 74), a Constituição do Equador (artigos 19 e 44), a Constituição do Paraguai (artigo 80), entre outras. Já na IX Emenda à Constituição dos Estados Unidos, afirmava-se que a especificação de direitos pela Constituição não significaria a exclusão de outros direitos do povo. Na Constituição portuguesa de 1976, em seu artigo 16, n. 1, estabeleceu-se que os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. (RAMOS, 2018, p. 263-264).

Por isso, Ingo Wolfgang Sarlet (2016, p. 321-322) conclui definindo direitos fundamentais:

[...] todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal, especificando que esse conceito reflete “por um lado, a dupla fundamentalidade formal e material, e, por outro, contempla a noção de uma abertura material do catálogo de direitos fundamentais, no sentido de um elenco inclusivo, tal como consagrado no art. 5º, § 2º, da CF”.

Efetivamente, o § 2º do art. 5º da Constituição estatui que os direitos e garantias expressos nesse diploma não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

3.2 Os organismos internacionais de proteção dos direitos humanos

A experiência dolorosa da Segunda Grande Guerra conduziu a civilização mundial à idealização de mecanismos de garantia de proteção dos direitos humanos.

Desse modo, tornam-se realidade não só o direito internacional dos direitos humanos, mas também organizações internacionais, das quais a expoente é a Organização das Nações Unidas (ONU).

Segundo Sidney Guerra (2017, p. 107), no pós-guerra, ganha relevância o estudo dos direitos humanos e sobressaem três realidades principais: a importância da dignidade humana, a ideia de limitação da soberania nacional e o reconhecimento de que os indivíduos possuem direitos inerentes à sua existência que devem ser protegidos. Por isso, são reconhecidos como sujeitos de direitos, antepondo-se à figura do Estado nessa qualidade.

Os objetivos primordiais da ONU são a manutenção da paz e da segurança internacional, o que se persegue através de variadas espécies de tratados internacionais, num verdadeiro movimento de internacionalização e universalização dos direitos humanos.

Sidney Guerra lembra também que a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da atuação da ONU, “as relações dos Estados com seus nacionais deixam de ter apenas o interesse doméstico e passam a ser de interesse internacional”. Reversamente, “o sistema internacional deixa de ser apenas um diálogo entre Estados, sendo a relação de um Estado com seus nacionais uma questão de interesse internacional.” (GUERRA, 2017, p. 113).

Além da Declaração Universal dos Direitos do Homem, têm destaque as seguintes iniciativas da ONU na esfera de proteção dos direitos humanos, viabilizadas por meio de tratados: Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais Políticos; Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes; Convenção de Direitos da Criança; Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias; Convenção para a Proteção de todas as Pessoas contra Desaparecimentos Forçados.

Bem por isso, fala-se na existência de um sistema onusiano de proteção dos direitos humanos, expressão utilizada em referência à Organização das Nações Unidas, particularmente para contenção de abusos no mais das vezes perpetrados pelo Estado membro, sem descartar a possibilidade de se estender tal sistema a governos que não integrem a organização, firme na impossibilidade do socorro indevido ao conceito de soberania para acobertar violações aos direitos humanos, que não mais se encaixam dentre as matérias exclusivas das jurisdições nacionais.

Esse sistema de proteção internacional dos direitos humanos é subdividido. Além daquele titularizado pela ONU, foram criados os sistemas regionais europeu, africano e americano, com suas Cortes e Comissões Internacionais.

No sistema onusiano, o principal órgão judicial é a Corte Internacional de Justiça, acompanhado de Tribunais Penais, dos quais sobressai o Tribunal Penal Internacional. Ainda não foi constituída uma Corte Internacional de Direitos Humanos.

Já os sistemas regionais possuem suas Cortes de Direitos Humanos.

Interessa-nos de perto o sistema americano, cujos procedimentos de proteção constam da Carta da Organização dos Estados Americanos, da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No sistema regional americano, atua a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), com sede em São José da Costa Rica, integrada por sete juízes.

A Corte Interamericana desempenha papel consultivo e contencioso, neste caso, dependente de ratificação da Convenção Americana e do reconhecimento da jurisdição contenciosa pelo Estado parte, como é o caso do Brasil através do Decreto n. 4.463, de 08 de novembro de 2002.

Sidney Guerra (2017, p. 158) assim se expressa sobre tal estrutura:

O sistema interamericano consagra a Carta, que é um documento mais abrangente no que tange ao número de Estados a ele submetidos, porém menos protetivo, por abarcar apenas a Comissão com órgão voltado à proteção dos direitos humanos, e a Convenção, que se apresenta como documento hábil para os Estados que reconhecem a jurisdição da Corte Internacional.

A Organização dos Estados Americanos conta com 35 membros, mas a Convenção Americana de Direitos Humanos é integrada por 23 Estados partes. Desses, 20 Estados reconhecem a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana. Os Estados Unidos e o Canadá não ratificaram a Convenção e a Venezuela denunciou-a “após sucessivas condenações na Corte Interamericana de Direitos Humanos” (RAMOS, 2018, p. 164).

Ao contrário do ocorrido no sistema europeu, aqui a vítima não tem legitimidade para acionar a Corte Interamericana de Direitos Humanos, devendo dirigir-se à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que, acolhendo o pleito, provocará a Corte.

Esse é um dos pontos mais debatidos pelos operadores e defensores do direito internacional dos direitos humanos na região. Eles nutrem a expectativa de que o sistema possa ser aperfeiçoado para permitir à vítima o peticionamento direto.

Apesar disso, alguns avanços nesse terreno são relatados por André de Carvalho Ramos, como a participação da vítima e de seus representantes em todas as fases do processo judicial, com direito de manifestação em igualdade de condições com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Estado réu (2018, p. 167).

Por sua vez, o acesso à Comissão requer a satisfação de algumas exigências que merecem referência, como, por exemplo, a de que se esgotem os recursos da jurisdição interna, com trânsito em julgado; que a petição seja oferecida em até 6 meses contatos da notificação recebida pela vítima comunicando a decisão definitiva do Estado legitimado; e que não haja processo semelhante em instância internacional.

As condenações impostas pela Corte Internacional podem determinar a cessação da violação, ter cunho reparatório e indenizatório à vítima ou seus familiares, ou imporem garantias de não repetição da conduta ilícita. Por fim, são executadas no país violador por meio do processo de execução de sentenças contra o Poder Público.

Demais disso, a Corte Interamericana desenvolve o controle de convencionalidade, que consiste na análise de compatibilidade do direito interno, ou da ausência ou deficiência dele, com os tratados internacionais incorporados pelo país, entendendo-se por direito interno “uma lei, um ato administrativo, jurisprudência, práticas

administrativas e judiciais e até mesmo a Constituição”, conforme observa Sidney Guerra (2017, p. 200).

Portanto, ao lado do controle de constitucionalidade, os Estados estão vinculados ao controle de convencionalidade, que pode ser interna ou externa. Internamente, realizada pelos juízes e tribunais. Na esfera internacional, no Brasil, pela Corte Interamericana.

Além da Corte e da Comissão Interamericanas, o sistema regional também prevê a atuação dos comitês de monitoramento, destinados à supervisão e ao controle do cumprimento das obrigações estipuladas em tratados de direito internacional.

São incumbidos de analisar os relatórios encaminhados pelos Estados e pela sociedade civil sobre a situação dos direitos objeto dos tratados, têm a possibilidade de elaborar observações gerais de cunho interpretativo dos direitos protegidos, além de avaliar petições de vítimas de violações de direitos humanos. Com isso, também exercem importante função interpretativa e contribuem para a formação de um “repertório precioso sobre o alcance e o sentido das normas de direitos humanos.” (RAMOS, 2018, p. 167; 174).

4 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS, SUAS FONTES E O SISTEMA BRASILEIRO DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

4.1 Direito internacional dos direitos humanos

Tradicionalmente, afirma-se que o Estado, como pessoa jurídica, deve reunir elementos essenciais de constituição, que são o território, a população e exercício de poder, aqui incluída atuação soberana reconhecida interna e externamente:

O Estado, portanto, é forma de organização jurídica limitado a um determinado território e com população definida e dotado de soberania, que em termos gerais e no sentido moderno configura-se em um poder supremo no plano interno e num poder independente no plano internacional (MORAES, 2015, p. 2-3).

Na ordem global, não temos um grande Estado, particularmente porque não existe um poder central a comandar a comunidade internacional pela aplicação coercitiva da ordem jurídica.

Na realidade, “o mundo é uma sociedade de Estados, na qual a integração jurídica dos fatores políticos ainda se faz imperfeitamente.” (DALLARI, 2013, p. 259).

A integração jurídica a que se refere Dalmo de Abreu Dallari não é a ideal, mas tem sido aperfeiçoada ao longo da história, tornando realidade, a partir da união consensual de diversos Estados e respeitando princípios como o da boa-fé e do *pacta sunt servanda*, a existência do direito internacional, cuja efetividade é perseguida por intermédio de organizações internacionais.

Em princípio, buscou-se, com o direito internacional, limitar-se as guerras de conquista de territórios. Mais adiante, a preocupação voltou-se à contenção do ímpeto imperialista de alguns dos Estados europeus, que subjugaram e escravizaram povos por eles considerados não civilizados. Vieram, então, as duas grandes Guerras Mundiais, a partir das quais, “em parte porque a própria guerra havia aproximado os Estados e, em parte pelo temor de nova conflagração, multiplicaram-se as organizações de Estados”, a par da formação da consciência comum de que o uso arbitrário da força era repulsivo (DALLARI, 2013, p. 261-262), tudo a contribuir, sobremaneira, para a consagração não apenas do direito internacional, também nominado “direito das gentes” (REZEK, 2010, p. 3), mas também do importante ramo que é o direito internacional dos direitos humanos.

Avanço importante a ser destacado ao longo desse período histórico, portanto, e que interessa de perto a este trabalho, é que o direito internacional passou a servir não só aos interesses dos Estados enquanto entes jurídicos – relação interestatal, principalmente com intuito econômico-financeiro –, mas também e principalmente às pessoas como sujeitos de direitos.

Sidney Guerra (2008, p. 17) assim se expressa sobre esse tema:

A idéia da soberania estatal absoluta que levou à irresponsabilidade e à pretensa onipotência do Estado, não impedindo as sucessivas atrocidades por estes cometidas contra os seres humanos, mostrou-se com o passar do tempo inteiramente descabida.

Sem embargo, a discussão sobre se a pessoa humana é considerada sujeito na ordem jurídica internacional é muito relevante, pois só é possível afirmar que existe uma proteção internacional dos direitos humanos a partir desse entendimento.

Nessa seara, sobreleva considerar:

Uma inovação de extraordinária importância para a humanidade e que teve início com a extinção da União Soviética e o conseqüente fim da Guerra Fria foi o reordenamento das relações jurídicas internacionais e a valorização dos tratados e das convenções. A par do surgimento de novas alianças e da recuperação dos ideais de alianças regionais, vem ocorrendo, com muita evidência, o aumento da autoridade efetiva, não apenas formal, das normas internacionais de afirmação e proteção dos Direitos Humanos. Identificou-se, desde então, a exigência de cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelos Estados tendo por objetivo a proteção da dignidade da pessoa humana. A par da ativação das Cortes internacionais e de outros instrumentos de controle do respeito aos tratados e demais normas de Direitos Humanos, passou-se a exigir a criação de condições para que sejam efetivados os direitos fundamentais, sem qualquer espécie de discriminação ou marginalização. Apesar de haver ainda muitas resistências, pode-se afirmar que ganhou novo impulso a busca da universalização dos Direitos Humanos. (DALLARI, 2013, p. 269).

Nessa linha de exposição, Antônio Augusto Cançado Trindade, prefaciando obra jurídica de Flávia Piovesan (PIOVESAN, 2015, p. 59, grifo do autor), afirma que o direito internacional dos direitos humanos consubstancia “um *direito de proteção*, marcado por uma lógica própria, e voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados”:

Podemos, na verdade, ir mais além do plano puramente internacional, ao articular a formação do novo *Direito dos Direitos Humanos*, a abranger as normas de proteção de origem tanto internacional quanto nacional. Este novo direito impõe-se, a meu modo de ver, de modo irreversível, pela conjunção de dois significativos fatores: por um lado, a atribuição expressa de funções, pelos próprios tratados de direitos humanos, aos órgãos públicos do Estado; e, por outro, a referência expressa, por parte de um número crescente de

Constituições contemporâneas, aos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos, incorporando-os ao elenco dos direitos garantidos no plano do direito interno. Desse modo, o direito internacional e o direito público interno revelam uma alentadora identidade de propósito de proteção do ser humano, e contribuem à cristalização do novo Direito dos Direitos Humanos.

4.2 Consolidação do direito internacional dos direitos humanos. A mudança de paradigma que o direito internacional dos direitos humanos proporcionou no ambiente jurídico

Dando destaque às lições de Carolina Alves de Souza Lima (2017b) sobre o tópico em questão, é possível afirmar que foi após a Segunda Guerra Mundial que o direito internacional de direitos humanos se consolidou, ganhando corpo particularmente por meio dos tratados e declarações de direitos humanos que vieram com o objetivo primordial de proteger a pessoa humana, parte mais vulnerável nos conflitos estabelecidos, na grande maioria das vezes, com o Estado.

A especialista elenca dois períodos na história em que se pode identificar a mudança de paradigma na cultura de proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Neles, avançando do terreno filosófico para o jurídico, a condição humana passou a determinar a titularidade de direitos. O primeiro ocorreu por ocasião das revoluções burguesas, quando saímos “de um Estado absolutista para a ideia de um Estado de Direito”, ou “de uma ideia de restrição de direitos para uma ideia de universalização de direitos” (LIMA, 2017b). O outro se deu no período após a Segunda Guerra Mundial.

Assistimos, na seara internacional, para além da normatização das relações entre Estados, ao disciplinamento das relações Estado-indivíduo, em homenagem à dignidade humana.

Flávia Piovesan, no capítulo em que trata da relação da Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, na obra *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, também aborda o tema ao discorrer sobre a “emergência de um novo paradigma jurídico” (PIOVESAN, 2015, p. 181-184).

A jurista observa que, na América Latina, essa relação das Constituições com o direito internacional dos direitos humanos é viabilizada por cláusulas de abertura constitucional. De seu turno, num verdadeiro diálogo, o direito internacional dos direitos humanos traz “parâmetros protetivos mínimos sob o lema da primazia da norma mais favorável e mais benéfica à vítima”. É certo que “É a partir dos diálogos local-regional-global

em um sistema jurídico multinível que se vislumbra a emergência de um novo paradigma jurídico.” (PIOVESAN, 2015, p. 182).

Bem por isso, a autora entende haver uma crise do que denomina paradigma tradicional. Além disso, descortina-se “a emergência de um novo paradigma a guiar a cultura jurídica latino-americana”, vale dizer, pelo primeiro dos critérios, a Constituição estava no ápice da ordem jurídica, o direito estava calcado na ordem jurídica interna, prevalentemente normativa, e sobrepujavam a soberania do Estado no âmbito externo e a segurança nacional internamente.

Agora, a Constituição e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos figuram no cume de um trapézio imaginário, verificando-se a “integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade”, proporcionando justamente a “abertura do direito”:

há a permeabilidade do direito mediante o diálogo entre jurisdições; empréstimos constitucionais e a interdisciplinaridade, a fomentar o diálogo do direito com outros saberes e diversos atores sociais, ressignificando, assim, a experiência jurídica; é a partir do diálogo a envolver saberes diversos e atores diversos que se verifica a democratização da interpretação constitucional a ressignificar o direito. (PIOVESAN, 2015, p. 183).

Há uma terceira característica desse novo paradigma, que consiste no *human rights approach*, e tem como guias mestras “a soberania popular e a segurança cidadã no âmbito interno.” (PIOVESAN, 2015, p. 183).

Enfim, vislumbra-se a materialização de um sistema normativo internacional próprio, calcado na dignidade humana, a ser irradiado e adotado pelos que estão na lida com o direito, como condicionante de validade das Constituições nacionais e de todo o arcabouço normativo delas decorrente.

4.3 Fontes do direito internacional dos direitos humanos

4.3.1 Classificação

Adotando a classificação de Francisco Rezek (2010), podemos afirmar que as normas internacionais têm forma convencional, onde se enquadram os tratados de direito internacional, e extraconvencional. Nesta última categoria compreende-se, não exaustivamente, os costumes, os princípios gerais do direito, os atos unilaterais e as decisões das organizações internacionais.

Estamos tratando das fontes do direito internacional, que encontram referência expressa no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça⁴:

A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
- d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

Não existe hierarquia entre as fontes de direito internacional e elas também não se esgotam no rol em comento:

[...] as fontes do direito internacional não são categorias estáticas: encontram-se em constante e dinâmica interação, não se exaurindo em classificações teóricas que refletem tão somente os meios de manifestações do direito internacional prevalecentes em determinado momento histórico. (TRINDADE, 2017a., p. 61).

Sobre a exaustividade das fontes, Antônio Augusto Cançado Trindade (2017a, p. 60) informa, para ilustrar, que ao apreciar o caso da *Barcelona Traction*, envolvendo a Bélgica e a Espanha, em 1970, a Corte Internacional de Justiça utilizou elementos da jurisprudência arbitral, de decisões prévias da própria Corte, de tratados bilaterais e multilaterais, além de princípios gerais de direito interno. Antes, em 1955, no caso *Nottebohm* (Liechtenstein *versus* Guatemala), a Corte havia reunido evidências de direito internacional costumeiro em decisões arbitrais, decisões de tribunais internos, doutrina, em dispositivo do próprio Estatuto, em tratados bilaterais que, inclusive não estavam mais em vigor, em convenção pan-americana de 1906 e em tratado de codificação de 1930.

Quanto à hierarquização das fontes, reconhece-se, contudo, a preponderância dos tratados e dos costumes:

[...] é hoje admissível que um tratado se sobreponha a um costume pré-existente, assim como que um costume subsequente se sobreponha a um tratado. Um tratado multilateral pode refletir a prática dos Estados partes, pode induzir Estados não partes a se conformarem com alguns de seus dispositivos, e pode por sua implementação interagir com a prática dos Estados na formação de novo costume. (TRINDADE, 2017a, p. 57).

⁴ O Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945, promulgou a Carta das Nações Unidas, tendo como anexo o Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Vejamos algumas peculiaridades dessas fontes, iniciando pelas extraconvencionais.

4.3.2 Fontes em espécie

4.3.2.1 Os costumes

Os costumes consistem na primeira das fontes extraconvencionais do direito internacional.

De acordo com o Estatuto da Corte Internacional de Justiça (artigo 38, “b”), o costume internacional se traduz numa “prática geral aceita como sendo o direito”.

A tendência atual é que os Estados sistematizem o direito através de normas escritas. Até mesmo nos países anglo-saxões, onde imperam os costumes a regularem as relações sociais, essa propensão é percebida. Mas, no âmbito do relacionamento externo dos países, os costumes desempenham função muito significativa e tradicional, talvez pela inexistência de um governo central e soberano.

O direito internacional público baseava-se nos costumes até o século XIX. Os primeiros tratados multilaterais surgiram na década de 1810, particularmente com o estabelecimento do regime jurídico do serviço diplomático, no Congresso de Paz de Viena, em 1815.

As críticas surgidas em relação aos costumes residem no tempo relativamente longo para a sua consolidação, na possível lacuna em disciplinar todas as situações conflituosas a serem solucionadas, na ausência de consentimento de todos os países que porventura devam se submeter a esse tipo de norma, ou no fato de que em geral as regras consuetudinárias sofrem influência das nações desenvolvidas na sua formulação.

Contudo, conforme observa Amaral Júnior (2015, p. 131),

Na atualidade, ao contrário do que se poderia pensar, o papel do costume tem sido cada vez mais valorizado. Com a alteração das técnicas de elaboração do direito internacional, as organizações internacionais passaram a ser a instância privilegiada de nascimento dos costumes, sejam eles regionais ou universais. Essa circunstância tende a diminuir o peso dos países desenvolvidos, aumentando o grau de legitimidade das regras consuetudinárias.

Em segundo lugar, a rapidez vertiginosa do processo histórico abreviou consideravelmente o tempo requerido para a formação do costume. Não é mais necessário aguardar o transcurso de séculos ou mesmo de muitos decênios para que seja formado. Algumas décadas e, às vezes, alguns anos são suficientes para que o costume se torne vinculante.

Ao lado da teoria segundo a qual a obrigatoriedade dos costumes demanda a aceitação pelos Estados, entende-se, com o que convergimos, que ele reflete “um direito preexistente constituído pelos valores morais, pela solidariedade social e pela consciência jurídica coletiva”. São necessários, no entanto, dois requisitos para o reconhecimento do costume como fonte de direito: a) um elemento material, aferido pela “repetição constante e uniforme de determinados atos durante certo período” e b) um elemento subjetivo, que é “a convicção de que tais atos correspondem à execução de uma obrigação jurídica” (AMARAL JUNIOR, 2015, p. 132).

Francisco Rezek (2010, p. 120) refere-se ao elemento material como “repetição, ao longo do tempo, de certo modo de proceder ante determinado quadro de fato”, modo esse não necessariamente positivo, podendo “cuidar-se de uma omissão, de uma abstenção, de um não-fazer, frente a determinado contexto”, ao passo que o elemento subjetivo residiria na “convicção de que assim se procede não sem motivo, mas por ser necessário, justo, e conseqüentemente jurídico”.

A aferição desses elementos é feita, por exemplo, pelo estudo de tratados internacionais, dos seus trabalhos preparatórios, da jurisprudência internacional, pela atuação das organizações internacionais, como também pela análise dos atos dos Estados, se possível daqueles que detêm os mais relevantes sistemas políticos, econômicos e jurídicos, Estados esses que devem reconhecer a imperatividade das obrigações que lhes forem impostas (*opinio juris*).

Conforme mencionamos, os costumes, na atualidade, não se prestam apenas a preencher lacunas das normas escritas, contrapondo-se validamente, em algumas situações, aos tratados de direito internacional.

É interessante anotar, com Alberto do Amaral Junior (2015, p. 136):

Transformações significativas afetam, também, o relacionamento entre o costume e a convenção. Ninguém desconhece que o costume codificado por um tratado adquire, simultaneamente, o caráter de norma consuetudinária e de norma convencional. Além desse fenômeno, alguns autores observam que cada vez mais o costume é a expressão do direito internacional geral, reservando-se às convenções o papel de “direito particular”, que esclarece o conteúdo das normas gerais e afasta a aplicação de tais regras quando as circunstâncias especiais assim recomendarem. A norma que reveste, ao mesmo tempo, a natureza de costume e de convenção não exhibe normalmente o mesmo conteúdo.

André de Carvalho Ramos (2018, p. 324) recorda que a Declaração Universal de Direitos Humanos “é um dos exemplos de diplomas normativos que espelham o costume internacional de proteção de direitos humanos”.

4.3.2.2 Os princípios gerais de direito

Os princípios gerais de direito se posicionam ao lado dos tratados e dos costumes entre as fontes de direito internacional.

Em que pese a farta regulação das relações jurídicas por normas escritas e a solução bem-sucedida de conflitos também com a aplicação dos costumes, os princípios gerais de direito não perdem a relevância. Ao contrário, contam com a vivência das nações organizadas para sua identificação e mostram-se úteis à modernização do sistema jurídico e judicial numa sociedade em permanente e rápida transformação, globalizada e influenciada sobremaneira pelos avanços tecnológicos, especialmente pela tecnologia digital.

Como exemplos de princípios gerais de direito, ao lado da boa-fé e da coisa julgada, universalizados, Francisco Rezek (2010, p. 135) recorda ainda, direitos adquiridos, justa indenização pela nacionalização de bens estrangeiros, não agressão, solução pacífica dos litígios entre Estados, autodeterminação dos povos, coexistência pacífica, desarmamento, proibição da propaganda de guerra, da continuidade do Estado, *pacta sunt servanda*, *lex posterior derogat priori*, e *nemo plus juris transfere potest quam ipse habet*.

4.3.2.3 A jurisprudência e a doutrina

Quanto à jurisprudência, observamos, inicialmente, que, de acordo com o art. 59 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça⁵, suas decisões somente serão obrigatórias “para as partes litigantes e a respeito do caso em questão”, afastando, por conseguinte, a aplicação da doutrina do *stare decisis* (de precedentes vinculantes).

Porém, é inegável que as decisões das diversas cortes internacionais, globais ou regionais, subsidiam a solução de conflitos.

Outra função apontada para a jurisprudência é a de reconhecer os costumes internacionais.

Alberto do Amaral Júnior (2015, p. 141) anota ainda que, além da atividade jurisdicional propriamente dita, a Corte Internacional de Justiça também emite pareceres

⁵ Aqui utilizado como parâmetro para a exposição sobre as fontes do direito internacional,

consultivos, que expressam a opinião dos juízes sobre normas de direito internacional, ainda que também sem força vinculante.

Quanto à doutrina, “são fórmulas persuasivas que visam a influir no comportamento dos destinatários das normas, criando condições para que os conflitos sejam decididos.” (AMARAL JÚNIOR, 2015, p. 142).

Têm relevância no direito internacional, particularmente no papel interpretativo das normas, além de auxiliarem na identificação dos costumes e dos princípios gerais de direito, como também na formulação de novas regras.

4.3.2.4 Os atos unilaterais dos Estados

Além das fontes expressamente referidas no Estatuto em questão, os atos unilaterais dos Estados são arrolados pelos operadores do direito internacional como aptos à criação de direitos e obrigações.

Os exemplos mais marcantes de atos unilaterais como fonte de direito estão no (a) reconhecimento, pelo qual um Estado “aceita a existência de uma situação de fato ou de direito comprometendo-se, desse modo, a respeitar todos os efeitos que dela decorrem”, no (b) protesto, que “marca a vigorosa oposição de um governo às condutas que por qualquer motivo venham a colidir com os interesses estatais”, impedindo até mesmo a formação dos costumes, na (c) renúncia, consubstanciada na “abdicação de um direito ou na recusa em exercer uma pretensão que a ordem jurídica confere”, havendo de ser “clara e inequivocamente manifestada por força do princípio de que não se presumem as limitações à soberania do Estado”, e, ainda, nas (d) declarações, que denotam a posição oficial de determinado Estado a respeito de certos acontecimentos, como as declarações de guerra ou de neutralidade (AMARAL JÚNIOR, 2015, p. 144-145).

4.3.2.5 As resoluções das organizações internacionais

Antônio Augusto Cançado Trindade (2017a) reavaliou as fontes do direito internacional público, enaltecendo o papel das resoluções editadas pelas organizações internacionais.

Acompanhando o entendimento do jurista, entendemos que, à vista dos objetivos deste trabalho, devemos, igualmente, por em relevo o papel das organizações internacionais.

Depois de discorrer sobre as fontes tradicionais do direito, às quais nos referimos acima, o juiz da Corte Internacional de Justiça avalia que as organizações internacionais vêm ascendendo e se expandindo, ampliando seus poderes de regulamentação.

Lembra que, de acordo com a Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas, entende-se por organização internacional

[...] uma coletividade de Estados estabelecida por um tratado, com uma constituição e órgãos comuns, possuindo uma personalidade distinta da de seus Estados-membros, e sendo um sujeito de direito internacional com uma capacidade para concluir acordos. (TRINDADE, 2017a, p. 105).

Quando tratamos dos costumes como típica fonte de direito, aludimos à contribuição dada pelas organizações internacionais para sua conformação.

Mas o que pretendemos destacar, com Antônio Augusto Cançado Trindade (2017a, p. 107), é que, além de, por vezes, servirem de “instrumentos de exortação” e de meios para enunciar princípios gerais, ou de demandarem algum tipo de ação para obtenção de resultados específicos, as resoluções de organismos internacionais refletem uma “*opinio juris* de consenso generalizado” muito importante, da qual são exemplos “as questões de descolonização, do reconhecimento do direito de autodeterminação dos povos e da soberania permanente dos Estados sobre seus recursos naturais”.

O autor ainda enfatiza:

Tal método de cristalização de novos conceitos e princípios gerais, em geral acompanhados posteriormente de certos mecanismos de supervisão e controle, pode vir a suprir em parte a insuficiência das modalidades tradicionais de formação do direito internacional – consignada no artigo 38 do Estatuto da CIJ – principalmente na regulamentação das relações entre Estados em diferentes graus de desenvolvimento econômico. Na prática, cada órgão internacional, no exercício normal de suas funções, tem procedido à determinação da chamada “constitucionalidade” de seus próprios atos, e a própria prática do órgão tem-se tornado fator decisivo para a determinação do âmbito legal de suas funções específicas. Com efeito, um exame metucioso da jurisprudência da CIJ sobre a matéria revela que ao órgão judicial principal da ONU não têm faltado ocasiões para pronunciar-se no sentido de aceitar a própria prática organizacional como elemento de interpretação na determinação dos poderes atribuídos às organizações internacionais. (2017a, p. 107).

Portanto, o rol do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça estaria incompleto sem as resoluções dos organismos internacionais, mesmo porque, insista-se, nos moldes do entendimento corrente, não é exaustivo.

4.3.2.6 Os tratados

Os tratados surgiram do sistema consuetudinário, assentados em negociações bilaterais e nos princípios do *pacta sunt servanda* e da boa-fé, evoluindo para os acordos escritos e multilaterais.

Relevante considerar que em 23 de maio de 1969, 32 Estados se reuniram e aprovaram a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, traçando regras gerais para a formalização desse tipo de instrumento normativo, que foi definido como “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica” (artigo 2, 1, “a”).

No Brasil, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados foi promulgada por meio do Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

Por ocasião da Convenção, (a) foi reconhecido o papel fundamental dos tratados na história das relações internacionais, (b) destacou-se a importância cada vez maior dessa modalidade de ajuste como fonte do direito internacional e como meio de desenvolver a cooperação pacífica entre as nações, e (c) foram invocados os princípios do livre consentimento e da boa-fé, além da regra *pacta sunt servanda*, como universalmente aceitos, consignando-se que as controvérsias relativas aos tratados, como outras controvérsias internacionais, devem ser solucionadas por meios pacíficos e conforme os princípios da justiça e do direito internacional.

Recordou-se da determinação dos povos das Nações Unidas criar condições necessárias à manutenção da justiça e o respeito às obrigações decorrentes dos tratados.

Ainda, foram rememorados os princípios de direito internacional incorporados na Carta das Nações Unidas, como os da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, da igualdade soberana e da independência de todos os Estados, da não intervenção nos assuntos internos dos Estados, da proibição da ameaça ou do emprego da força e do respeito universal e observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos.

Os Estados reunidos naquela ocasião concluíram que a codificação e o desenvolvimento progressivo do direito dos tratados alcançados na Convenção promoveriam os propósitos das Nações Unidas enunciados na Carta, quais sejam, a manutenção da paz e da segurança internacionais, o desenvolvimento das relações amistosas e a consecução da cooperação entre as nações.

Existem ainda, dois princípios e uma regra que expressamente informam os tratados: os princípios do livre consentimento e da boa-fé, e a regra *pacta sunt servanda*.

O art. 26 da Convenção estabelece que todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé, princípio este também obrigatório na interpretação do acordo (art. 31, nº 1, da Convenção de Viena).

Nessa trilha, Antônio Augusto Cançado Trindade (1991, p. 47) recorda:

[...] no domínio da proteção internacional dos direitos humanos os Estados contraem obrigações internacionais no livre e pleno exercício de sua soberania, e uma vez que o tenham feito não podem invocar dificuldades de ordem interna ou constitucional de modo a tentar justificar o não cumprimento destas obrigações. Pode-se recordar o dispositivo da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 nesse sentido (art. 27).

Cada Estado pode estipular como aderir a um tratado de direito internacional, estabelecendo, em suas constituições, as regras a serem observadas para isso.

Embora seja possível que a adesão ao tratado se dê com a participação única e exclusiva do representante do Poder Executivo, na maior parte dos casos ela envolve a interveniência do Poder Legislativo.

Assim, após as negociações, o chefe do Poder Executivo assina o tratado, com o que manifesta a intenção de o país aderir ao acordo. Segue-se a análise pelo Poder Legislativo, que, avaliando a iniciativa do órgão do Executivo, abre caminho para confirmar e finalizar esse ato jurídico complexo que é ratificar o tratado de direito internacional.

O art. 11 da Convenção de Viena fixa:

O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordado.

A ratificação é prevista nas hipóteses do art. 12 da Convenção dos Tratados:

Consentimento em obrigar-se por um Tratado Manifestado pela Ratificação, Aceitação ou Aprovação

1. O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado manifesta-se pela ratificação:

- a) quando o tratado disponha que esse consentimento se manifeste pela ratificação;
- b) quando, por outra forma, se estabeleça que os Estados negociadores acordaram em que a ratificação seja exigida;
- c) quando o representante do Estado tenha assinado o tratado sujeito a ratificação; ou

d) quando a intenção do Estado de assinar o tratado sob reserva de ratificação decorra dos plenos poderes de seu representante ou tenha sido manifestada durante a negociação.

2. O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado manifesta-se pela aceitação ou aprovação em condições análogas às aplicáveis à ratificação.

Flávia Piovesan (2015, p. 116) alerta:

No direito internacional, a ratificação se refere à subsequente confirmação formal (após a assinatura) por um Estado, de que está obrigado a cumprir o tratado. Entre a assinatura e a ratificação, o Estado está sob a obrigação de obstar atos que violem os objetivos ou os propósitos do tratado.

É o que se retira do art. 18 da Convenção de Viena:

Um Estado é obrigado a abster-se da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado, quando:

a) tiver assinado ou trocado instrumentos constitutivos do tratado, sob reserva de ratificação, aceitação ou aprovação, enquanto não tiver manifestado sua intenção de não se tornar parte no tratado; ou

b) tiver expressado seu consentimento em obrigar-se pelo tratado no período que precede a entrada em vigor do tratado e com a condição de esta não ser indevidamente retardada.

Enfim, nesses casos, o tratado só obriga externa e internamente após a ratificação, muito embora já possua força vinculativa (art. 18 da Convenção de Viena) antes disso, assim compreendida a obrigação de o Estado esforçar-se para alcançar a ratificação e a “obstar atos que violem os objetivos ou os propósitos do tratado”. Assim, a ratificação é “ato necessário para que o tratado passe a ter obrigatoriedade no âmbito internacional e interno.” (PIOVESAN, 2015, p. 114).

4.4 O sistema brasileiro de incorporação dos tratados de direitos humanos

Cada Estado pode disciplinar a forma de celebrar tratados, a maneira como eles se incorporam ao direito interno e a hierarquia assumida assim que ratificados.

No direito comparado, é possível identificar uma tendência à incorporação automática dos tratados de direitos humanos ratificados.

Assim, em Portugal as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum integram o direito do país. As normas constantes de convenções internacionais ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado português. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte, como a ONU,

vigoram diretamente na ordem interna, bastando que isso se encontre expressamente estabelecido nos respectivos tratados constitutivos (art. 8º da Constituição da República Portuguesa).

Nesse mesmo diapasão, temos as regras do direito francês (art. 55 da Constituição), espanhol (art. 96 da Constituição), austríaco (art. 9º da Constituição), holandês (art. 63 da Constituição) e suíço, que não traz previsão semelhante em âmbito constitucional, porém conta com a admissão da doutrina e da jurisprudência (PIOVESAN, 2015, p. 166).

Na Alemanha, as normas gerais de direito internacional público integram o direito federal, sobrepõem-se às leis e constituem fonte direta de direitos e obrigações para os habitantes do território federal. É facultado à federação transferir direitos de soberania para organizações supranacionais (artigos 24 e 25 da Lei Fundamental da República).

Na América Latina, as Constituições da Argentina, Venezuela, Peru, Nicarágua, Guatemala, Colômbia, Bolívia, Chile, Equador e México tratam da abertura ao direito internacional dos direitos humanos, da incorporação automática dos tratados ratificados e, quando não conferem hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, asseguram que tenham posição especial em relação ao ordenamento interno, casos estes da Guatemala, da Colômbia e da Bolívia.

No que se refere à atenção dispensada às normas internacionais de direitos humanos, merecem destaque dois blocos de países.

Num primeiro bloco estão Peru e Nicarágua, ao preverem, em suas Constituições, que ficam expressamente incorporadas ao direito interno, as disposições da Declaração Universal de Direitos Humanos. Na Nicarágua, conforme afirma Flávia Piovesan (2015, p. 152-153), a Constituição vai além, abarcando os direitos previstos não só na Declaração Universal, como também na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, nos pactos de Direitos Humanos da ONU e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

No outro bloco, encontram-se o Equador e o México, que “apresentam maior grau de refinamento no tocante às cláusulas de abertura”, na medida em que consagram “a regra interpretativa do princípio *pro persona*, radicada na primazia da norma mais benéfica, mais protetiva e mais favorável, tendo como vetor maior a prevalência da dignidade humana”. (PIOVESAN, 2015, p. 154-155).

No Brasil, de acordo com a literalidade da Constituição Federal de 1988, é exigida a ratificação dos tratados⁶, o que se concretiza através de um conjunto de atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, conjugados.

Referimo-nos à literalidade da Constituição Federal brasileira de 1998 quanto ao processo de incorporação de tratado de direito internacional, porque, conforme será adiante exposto, temos posicionamento divergente a respeito dessa matéria quando se trate de incorporação de tratado de direito internacional de direitos humanos, particularmente no que diz respeito ao § 3º do art. 5º da Carta Magna.

Mas, prosseguindo na análise do texto constitucional conforme posto, o Presidente da República tem poderes para “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional” (art. 84, VIII, da Constituição Federal), enquanto ao Congresso Nacional compete “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art. 49, I, da Constituição Federal).

Em apertada síntese, havendo interesse do país em aderir ao tratado, o que se verifica na fase de negociação, o Presidente da República subscreve o documento, enviando-o ao Congresso Nacional para aprovação, que se dá através de Decreto Legislativo. Com a aprovação da Casa de Leis, o Chefe do Executivo está apto a ratificá-lo, fazendo-o através da troca (caso o tratado seja bilateral) ou do depósito do instrumento (na hipótese de tratado multilateral) de ratificação junto ao Estado ou ao organismo internacional encarregado da custódia do documento.

No Brasil, existe uma praxe segundo a qual, após a ratificação, para a materialização interna do que foi ajustado, exige-se um decreto de execução, baixado pelo Presidente da República, promulgando e publicando no Diário Oficial da União o conteúdo do tratado.

É o procedimento agasalhado pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 1.480-DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo STF, n. 109, DJU, 13.5.1998):

O decreto presidencial que sucede à aprovação congressual do ato internacional e à troca dos respectivos instrumentos de ratificação, revela-se – enquanto momento culminante do processo de incorporação desse ato internacional ao sistema jurídico doméstico – manifestação essencial e insuprimível, especialmente se considerados os três efeitos básicos que lhe

⁶ A Constituição brasileira utiliza a expressão “tratados” para se referir a qualquer tipo de acordo entabulado entre Estados, regulado pelo Direito Internacional (PIOVESAN. 2015, p. 110). Abrange convenções, acordos, protocolos e troca de instrumentos.

são pertinentes: a) a promulgação do tratado internacional; b) a publicação oficial de seu texto; e c) a exequoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.

Entretanto, não há previsão constitucional desse pressuposto de eficácia interna do tratado, diversamente do ocorrido com as leis em geral por força do art. 84, IV, da Carta Magna.

Assentado que, por força do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, os tratados de direitos humanos integram o direito interno, é preciso rememorar que as normas incorporadas têm aplicação imediata a partir da ratificação, conforme dispõe o § 1º do art. 5º da Carta da República: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Entendemos que o decreto de execução é desnecessário.

Vale aqui fazer alusão à discussão teórica sobre monismo e dualismo.

Para os monistas, não existe distinção entre ordem jurídica internacional e interna. O direito é único, “quer se apresente nas relações de um estado, quer nas relações internacionais”. Havendo conflito, “prevalece o direito internacional: é a tese do primado do direito internacional; já os outros defendem a tese do primado do direito interno”, surgindo, portanto, duas correntes da doutrina monista. Tem prevalecido a primazia do direito internacional. (ACCIOLY, 2017, p. 233).

Para a doutrina dualista, o direito internacional se distingue do direito interno. Aquele disciplina as relações entre Estados, dependendo da vontade livre e comum dos países; é diferente do direito interno, que se vincula à vontade unilateral do Estado. O direito internacional, para ditar regras no âmago dos Estados, depende de ato normativo deste último ente, incorporando-o internamente, conforme explica Hildebrando Accioly (ACCIOLY, 2017, p. 233), para quem “na explicação do fenômeno da suposta *transformação* da norma internacional em norma interna os defensores do dualismo mostram a debilidade de seu raciocínio, que, além do mais, não leva em conta a importância do costume” (grifo do autor).

Retomando o assunto, destacamos as ponderações de Flávia Piovesan (2015, p. 161-162, grifos nossos):

Diante dessas duas sistemáticas diversas, conclui-se que o Direito brasileiro faz opção por um sistema misto, no qual, aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, § 1º –, aplica-se a sistemática da incorporação automática, enquanto aos demais tratados internacionais se aplica a sistemática de incorporação legislativa, na medida em que se tem exigido a intermediação de um ato normativo para tornar o

tratado obrigatório na ordem interna. Com efeito, salvo na hipótese de tratados de direitos humanos, no Texto Constitucional não há dispositivo constitucional que enfrente a questão da relação entre o Direito Internacional e o interno. Isso é, não há menção expressa a qualquer das correntes, seja à monista, seja à dualista. Por isso, a doutrina predominante tem entendido que, em face do silêncio constitucional, o Brasil adota a corrente dualista, pela qual há duas ordens jurídicas diversas (a ordem interna e a ordem internacional). Para que o tratado ratificado produza efeitos no ordenamento jurídico interno, faz-se necessária a edição de um ato normativo nacional – no caso brasileiro, esse ato tem sido um decreto de execução, expedido pelo Presidente da República, com a finalidade de conferir execução e cumprimento ao tratado ratificado no âmbito interno. *Embora seja essa a doutrina predominante, este trabalho sustenta que tal interpretação não se aplica aos tratados de direitos humanos, que, por força do art. 5º, § 1º, têm aplicação imediata. Isto é, diante do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, os tratados de direitos humanos, assim que ratificados, devem irradiar efeitos na ordem jurídica internacional e interna, dispensando a edição de decreto de execução.* Já no caso dos tratados tradicionais, há exigência do aludido decreto, tendo em vista o silêncio constitucional acerca da matéria. Logo, defende-se que a Constituição adota um sistema jurídico misto, já que, para os tratados de direitos humanos, acolhe a sistemática da incorporação automática, enquanto para os tratados tradicionais acolhe a sistemática da incorporação não automática.

Digno de destaque, mais ainda, o alerta sobre a maneira incompleta como a Constituição Federal de 1988 disciplinou o ritual de ratificação dos tratados nos artigos 49 e 84:

Contudo, cabe observar que a Constituição brasileira de 1988, ao estabelecer apenas esses dois dispositivos supracitados (os arts. 49, I, e 84, VIII), traz uma sistemática lacunosa, falha e imperfeita: não prevê, por exemplo, prazo para que o Presidente da República encaminhe ao Congresso Nacional o tratado por ele assinado. Não há ainda previsão de prazo para que o Congresso Nacional aprecie o tratado assinado, tampouco previsão de prazo para que o Presidente da República ratifique o tratado, se aprovado pelo Congresso. Essa sistemática constitucional, ao manter ampla discricionariedade aos Poderes Executivo e Legislativo no processo de formação dos tratados, acaba por contribuir para a afronta ao princípio da boa-fé vigente no Direito Internacional. (PIOVESAN, 2015, p. 116).

No entanto, e em acréscimo à crítica de Flávia Piovesan, a grande discussão no país está na classificação hierárquica desses tratados no direito interno, ou seja, se possuem *status* constitucional ou não, ficando a divergência por conta do que dispõem os §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal⁷, artigo esse emendado em 2004 (Emenda Constitucional n.

⁷ BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 5º, § 2: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte; § 3º: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

45), localizado no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, sob o título dos direitos e garantias fundamentais.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2016, p. 343-344), a partir dos julgados do Supremo Tribunal Federal e de posicionamentos doutrinários, é possível elencar os seguintes enunciados prevaletentes atualmente sobre o tema:

- a) Os tratados internacionais de direitos humanos dependem de ratificação pelo Brasil, sendo incorporados mediante um processo complexo de atribuição do Presidente da República e do Congresso Nacional.
- b) A aprovação pelo Congresso Nacional de um tratado de direitos humanos em obediência ao rito estabelecido no art. 5º, § 3º, da CF não dispensa a ratificação do tratado.
- c) A hierarquia dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica interna brasileira, de acordo com a atual orientação do STF, é diferenciada de acordo com a forma de incorporação. Com efeito, os tratados incorporados antes da inserção do § 3º no art. 5º da CF possuem hierarquia supralegal, prevalecendo, portanto, sobre toda e qualquer norma infraconstitucional interna, mas cedendo em face da CF. Por sua vez, os tratados aprovados pelo Congresso Nacional na forma do art. 5º, § 3º, da CF possuem hierarquia e força normativa equivalentes às emendas constitucionais.
- d) Os demais tratados internacionais, que não versam sobre direitos humanos, salvo exceções expressamente estabelecidas (como é o caso dos tratados em matéria tributária), seguem tendo hierarquia de lei ordinária.
- e) Um tratado de direitos humanos – quando contemplar expressamente a possibilidade de denúncia – não poderá – de acordo com importante doutrina – ser denunciado pelo Presidente da República sem prévia autorização pelo Congresso e sem que se faça um controle rigoroso no que diz com a piora em termos de proteção dos direitos humanos. Todavia, se tal entendimento também será o majoritário no STF ainda pende de decisão por parte de nossa Suprema Corte, ao passo que na doutrina encontram-se defensores da tese de que, uma vez aprovado na forma do art. 5º, § 3º, da CF, um tratado não mais poderá ser denunciado, nem mesmo mediante aprovação prévia pelo Congresso Nacional.

Antes de discorrer sobre as diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito, indispensável abrir parênteses para compreendê-las melhor: é preciso recordar a clássica distinção entre fundamentalidade em sentido formal e fundamentalidade em sentido material dos direitos.

No primeiro caso, estaremos diante de direitos positivados expressa ou implicitamente na Constituição, dotados das seguintes características: (a) posicionam-se no topo do ordenamento jurídico nacional; (b) submetem-se a limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) para reforma constitucional, nos termos do art. 60 da Constituição de 1988; (c) aplicam-se direta e imediatamente, nos termos do § 1º do artigo 5º da Constituição de 1988. (SARLET 2016, p. 319-320).

Já a fundamentalidade material, por não encontrar delineamento no direito positivo, demanda a “análise do conteúdo dos direitos, isto é, da circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana” (SARLET, 2016, p. 320).

Os tratados internacionais de direitos humanos integram o rol constitucional de direitos fundamentais por força do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, independente da incorporação ocorrer de forma automática – por força do § 1º do art. 5º da Constituição Federal – ou não:

Numa primeira aproximação, parece viável concluir que os direitos (desde logo materialmente fundamentais) oriundos de regras internacionais – embora não tenham sido formalmente consagrados no texto da Constituição – se aglutinam à Constituição material e, por esta razão, acabam tendo *status* equivalente. Caso contrário, a regra do art. 5º, § 2º, também neste ponto, teria o seu sentido parcialmente desvirtuado. Não fosse assim, virtualmente não haveria diferença (ao menos sob o aspecto da hierarquia das normas) entre qualquer outra regra de direito internacional incorporada ao direito nacional e os direitos fundamentais do homem consagrados nos textos internacionais. Outrossim, na esteira do que sustenta Flávia Piovesan, é de se considerar, como argumento adicional, que os tratados sobre direitos humanos integram um universo de princípios. (SARLET, 2016, p. 341).

Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que, independentemente da previsão constitucional específica, os tratados de direitos humanos, que se distinguem dos tratados internacionais comuns, compõem um corpo principiológico em que se prima pela prevalência da norma mais favorável à salvaguarda da dignidade do ser humano, e não só das prerrogativas do Estado.

Com isso, integraria o *jus cogens*, consubstanciado em normas peremptórias de direito, vale dizer, aquelas aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados como um todo. São inderrogáveis, admitindo-se que sejam modificadas tão somente por uma norma posterior de direito internacional geral que apresente a mesma natureza (art. 53 da Convenção de Viena).

Por consequência, ratificados, os tratados internacionais de direitos humanos têm natureza de norma constitucional, independente de reprodução interna expressa e formal.

E arremata:

Assim, à luz dos argumentos sumariamente esgrimidos e de acordo com prevalente orientação doutrinária, verifica-se a tese da equiparação (por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF) entre os direitos humanos localizados em tratados internacionais, uma vez ratificados, e dos direitos fundamentais sediados na Constituição formal é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto

indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos, resultado da interpenetração cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais. Reafirme-se, neste particular, que a abertura apropriada pelo art. 5º, § 2º, da CF aponta para a expansividade do catálogo dos direitos fundamentais, sendo no mínimo questionável o fato de se poder cogitar de direitos fundamentais de menor estatura normativa, por não estarem, no plano da hierarquia das normas, ao mesmo nível dos direitos fundamentais positivados no texto constitucional ou mesmo dos direitos implicitamente positivados ou decorrentes do regime e dos princípios da Constituição Federal. (SARLET, 2016, p. 341-342).

O Supremo Tribunal Federal já enfrentou o tema e em 2008, no julgamento do RE 466.343/SP, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, e conferiu hierarquia supralegal aos tratados de direitos humanos, vale dizer, julgou que eles se situam acima da legislação ordinária, porém abaixo da Constituição.

Na ocasião, a Corte entendeu que o reconhecimento do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos não ratificados pelo rito qualificado do § 3º do art. 5º da Constituição Federal conduziria ao descontrole da ampliação do bloco de constitucionalidade. Também considerou que não há como definir quais são, exatamente, os tratados de direitos humanos. Ainda que fosse possível individualizá-los, restaria insegurança no que diz com a possibilidade de prevalência de todo o tratado ou apenas dos artigos que consagassem direitos. Por fim, os tratados estão suscetíveis à declaração de inconstitucionalidade e, por isso, não podem ter hierarquia equivalente à da Lei Maior.

Entretanto, recentemente, ao editar a Súmula Vinculante n. 25/2009, que veda, em qualquer hipótese, a prisão do depositário infiel, reconheceu a supremacia do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em face da Constituição, posto que a Carta admitia expressamente o encarceramento nessa hipótese (art. 5º, LXVII).

Recorde-se que o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos não foram submetidos ao rito qualificado do § 3º do art. 5º da Constituição Federal.

À vista da Súmula Vinculante n. 25/2009, enfim, os tratados de direitos humanos, tenham se submetido ou não ao rito qualificado, anteriores ou não à Emenda Constitucional n. 45/2004, têm força constitucional.

Para Valério de Oliveira Mazzuoli (2018, p. 97-98), os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, antes ou depois da Emenda Constitucional n. 45/2004, têm *status* de norma constitucional, podendo ser formalmente constitucionais, equivalentes a

emendas constitucionais, acaso sejam aprovados pelo quórum do § 3º do art. 5º da Carta de 1988. E, nesta última hipótese, sobressaem três efeitos:

- 1) eles passarão a *reformular* a Constituição, o que não é possível tendo apenas o *status* de norma constitucional;
- 2) eles não poderão ser *denunciados*, nem mesmo com Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, podendo ser o Presidente da República responsabilizado em caso de descumprimento dessa regra (o que não é possível fazer – responsabilizar o chefe de Estado – tendo os tratados somente *status* de norma constitucional); e
- 3) eles serão paradigma de controle *concentrado* de convencionalidade, podendo servir de fundamento para que os legitimados do art. 103 da Constituição (v.g., o Presidente da República, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB etc.) proponham no STF as ações do controle abstrato (ADI, ADECON, ADPF etc.) a fim de invalidar *erga omnes* as normas domésticas com eles incompatíveis (os grifos são do autor).

Para Flávia Piovesan, os tratados de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional n. 45/2004 têm hierarquia constitucional e são normas material e formalmente constitucionais, pois o § 3º não revogou o § 2º do art. 5º da Carta de 1988, porque se deve considerar “a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos”, deve-se afastar interpretações que evidenciem “agudos anacronismos da ordem jurídica”, e há de se ater à “teoria geral da recepção do direito brasileiro” (2015, p. 139).

Outrossim, em relação aos novos tratados, se não forem ratificados pelo rito qualificado do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, constituir-se-ão em normas materialmente constitucionais apenas. Para se converterem em normas material e formalmente constitucionais, hão de percorrer o caminho mais espinhoso (PIOVESAN, 2015, p. 148-149).

Outra consequência desse posicionamento da autora reside no fato de que a diversidade de regimes jurídicos “atém-se à denúncia, que é o ato unilateral pelo qual um Estado se retira de um tratado”, pois, “enquanto os tratados materialmente constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia, os tratados material e formalmente constitucionais, por sua vez, não podem ser denunciados” (PIOVESAN, 2015, p. 149).

Por fim, a autora enfrenta a possibilidade de supressão, via emenda constitucional, dos direitos constantes dos tratados internacionais, por constituírem cláusulas pétreas, protegidas nos moldes do art. 60, § 4º, da Constituição Federal:

Entretanto, embora os direitos internacionais sejam alcançados pelo art. 60, § 4º, e não possam ser eliminados via emenda constitucional, os tratados internacionais de direitos humanos materialmente constitucionais são suscetíveis de denúncia por parte do Estado signatário. Com efeito, os tratados internacionais de direitos humanos estabelecem regras específicas

concernentes à possibilidade de denúncia por parte do Estado signatário. Os direitos internacionais poderão ser subtraídos pelo mesmo Estado que os incorporou, em face das peculiaridades do regime de direito internacional público. Vale dizer, cabe ao Estado-parte tanto o ato de ratificação do tratado como o de denúncia, ou seja, o ato de retirada do mesmo tratado. Os direitos internacionais apresentam, assim, natureza constitucional diferenciada. (PIOVESAN, 2015, p. 149-150).

A autora entende, contudo, que a denúncia dos tratados de direitos humanos materialmente constitucionais deve ter o aval do Poder Legislativo.

No entanto, nosso posicionamento sobre a matéria, com a devida consideração, é divergente dos doutrinadores mencionados e do próprio entendimento do Supremo Tribunal Federal. Não se pode fazer distinção de qualquer espécie entre os tratados de direitos humanos, e, em última análise, com os direitos humanos em si, o que se resguarda com a tese da inconstitucionalidade do § 3º do art. 5º da Constituição Federal.

Efetivamente, partilhamos do entendimento do juiz da Corte Internacional de Justiça Antônio Augusto Cançado Trindade (CORTEIDH), da docente Carolina Alves de Souza Lima (LIMA, 2015) e do Subprocurador-Geral da República Carlos Frederico Santos (SANTOS, 2013), detalhado adiante.

A ideia central, nesse sentido, é a de que o § 3º atenta contra o § 2º do art. 5º da Constituição Federal, conferindo tratamento diferenciado aos direitos humanos. A Emenda Constitucional n. 45/2004 violou o art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, e o princípio do não retrocesso.

Carlos Frederico Santos relata que a regra do § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 foi introduzida pelo poder constituinte originário por influência do jurista Antônio Augusto Cançado Trindade com o intuito de “possibilitar o acolhimento dos tratados internacionais sobre direitos humanos como normas materialmente constitucionais” (2013, p. 19).

O requisito para a incorporação dos tratados de direitos humanos era a tramitação simples, pelo Congresso Nacional, da proposta de ratificação apresentada pelo Presidente da República, tramitação essa durante a qual o texto passaria pela análise de constitucionalidade.

Em 2004, com a Emenda Constitucional n. 45, sobreveio a regra do § 3º do art. 5º da Constituição de 1988, cujo objetivo seria o de aclarar a norma do § 2º, mas que acabou por retirar-lhe a eficácia, ou seja, o constituinte derivado, desconsiderando a vontade expressada pelo originário, de simplificar a incorporação desse tipo de tratado, anulou a força normativa decorrente do § 2º, num evidente retrocesso:

Não há dúvida, dessa forma, de que o Constituinte derivado, em vez de aclarar os termos do § 2º, terminou por ceifar sua eficácia, impondo uma concepção formalista de internalização dos tratados sobre direitos humanos com o vigor das normas de estatura constitucional, tornando menos efetivos os direitos humanos no Brasil, dificultando sua incorporação como norma constitucional (SANTOS, 2013, p. 34).

Abriu-se a possibilidade de se conferir tratamentos diversos a diplomas normativos de idêntica natureza, criando discriminação indevida. De se indagar no que diferem os tratados de direitos humanos, para que possam ter receptividades distintas no país.

Essa atitude discriminatória tem consequências práticas elencadas por Carlos Frederico Santos (2013, p. 28):

A possibilidade de se atribuir estatura hierárquica diversa a instrumentos de um tratado resulta, entre outros inconvenientes, na atribuição de controle de produção normativa a órgãos judiciais diversos, cuja competência fica condicionada ao quórum de votação pelo qual foram internalizados, possibilitando decisões divergentes sobre matérias com conteúdo que, por vezes, se confundem.

Assim, evidente a possibilidade de paradoxo do patamar hierárquico diverso referente ao tratado e aos instrumentos que lhes são subsequentes, que podem receber estatura hierárquica diferente, apesar de vinculados a idêntico objeto.

Destarte, o controle da produção normativa em face do tratado será feito pelo STF, caso venham a ganhar estatura constitucional, ou pelo Superior Tribunal de Justiça, caso venham a deter *status* de norma não constitucional.

Outra consequência importante advinda da modificação em questão é apontada por Carolina Alves de Souza Lima, qual seja, a de que o § 3º do art. 5º da Constituição Federal conferiu poder discricionário ao Congresso Nacional para promover a constitucionalização dos tratados de direitos humanos. Trata-se de faculdade outorgada ao Legislativo, não um dever:

Por meio de um poder discricionário, não atribuído pelo poder constituinte originário, o Congresso Nacional poderá decidir qual tratado tem hierarquia de norma constitucional e qual não tem referida hierarquia, o que já revela total desconformidade com os fundamentos dos direitos humanos, introduzidos pelo Constituinte de 1988 (ALVES, 2015, p. 36-37).

A autora conclui, então:

No nosso entender, a partir da interpretação sistemática e teleológica da Lei Maior, não se legitima, em qualquer hipótese, a diferenciação do tratamento dado aos direitos fundamentais, estejam eles expressos ou implícitos na Constituição, estejam eles em tratados de direitos humanos. Podemos inclusive argumentar que, uma vez ratificados os tratados de direitos

humanos, o Brasil incorpora tais direitos como norma constitucional, e eles passam a ser cláusula pétrea, com base no art. 5º, § 2º, e no art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição (ALVES, 2015, p. 37).

Complementando com Carlos Frederico Santos (2013, p. 36-37), a razão de ser da norma do § 2º do art. 5º da Constituição Federal é prestigiar a defesa dos direitos humanos, como reflexo dos tempos de ditadura vivenciados no Brasil, atendendo aos anseios de limitação do poder, perspectiva que ficou clara no texto constitucional “de forma concreta ao ser inserido na Carta, como fundamento da República, a dignidade humana, e incluído, como princípio a reger as suas relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos” (conforme dispõem os artigos 1º, I, e 4º, II, da Constituição Federal).

Esclarece, ademais:

Com o fim de manter atualizado o leque de direitos humanos constante do ordenamento jurídico nacional, inseriu o Constituinte a norma disposta no § 2º do art. 5º da Constituição. Com isso, permitiu a incorporação, de forma simplificada, no direito interno, de outros direitos e garantias revestidos da natureza de direitos humanos constantes de tratados internacionais de que o Brasil seja parte, qualificando-se, assim, referida norma como norma de direito fundamental destinada a facilitar a internalização, no ordenamento, de outros direitos fundamentais com estatura materialmente constitucional. Nesse sentido, a inserção do § 3º no art. 5º da Constituição, ao retirar a eficácia do § 2º, acabou por violar cláusula pétrea. Embora não tenha retirado do mundo jurídico o enunciado do § 2º, defenestrando-o do texto constitucional inibiu sua força normativa, esvaziou seu espírito, tirando-lhe a eficácia, tornando referida norma incapaz de operar no mundo jurídico (SANTOS, 2013, p. 37).

A propósito, transcrevemos trecho do voto do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade lançado no caso *Ximenes Lopes versus Brasil*, julgado em 04.07.2006 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em que assim se refere ao § 3º do art. 5º da Constituição Federal (CORTEIDH):

30. Esta nova disposição busca outorgar, de forma bisonha, status constitucional, no âmbito do direito interno brasileiro, tão só aos tratados de direitos humanos que sejam aprovados por maioria de 3/5 dos membros tanto da Câmara dos Deputados como do Senado Federal (passando assim a ser equivalentes a emendas constitucionais). Mal concebido, mal redigido e mal formulado, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo parágrafo 2 do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que resultou de uma proposta de minha autoria à Assembleia Nacional Constituinte, como historicamente documentado. No tocante aos tratados anteriormente aprovados, cria um imbróglio tão a gosto de publicistas estatocêntricos, insensíveis às necessidades de proteção do ser humano; em relação aos tratados a aprovar, cria a possibilidade de uma diferenciação tão a gosto de publicistas autistas e míopes, tão pouco familiarizados – assim como os parlamentares que lhes dão ouvidos – com as conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

31. Este retrocesso provinciano põe em risco a inter-relação ou indivisibilidade dos direitos protegidos no Estado demandado (previstos nos tratados que o vinculam), ameaçando-os de fragmentação ou atomização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos eivados de obscurantismo. A nova disposição é vista com complacência e simpatia pelos assim chamados “constitucionalistas internacionalistas”, que se arvoram em jus-internacionalistas sem chegar nem de longe a sê-lo, porquanto só conseguem vislumbrar o sistema jurídico internacional através da ótica da Constituição nacional. Não está sequer demonstrada a constitucionalidade do lamentável parágrafo 3 do artigo 5º, sem que seja minha intenção pronunciar-me aqui a respeito; o que sim, afirmo no presente Voto – tal como o afirmo em conferência que ministrei em 31.03.2006 no auditório repleto do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em Brasília, ao final de audiências públicas perante esta Corte que tiveram lugar na histórica Sessão Externa da mesma recentemente realizada no Brasil – é que, na medida em que o novo parágrafo 3 do artigo 5º da Constituição Federal brasileira abre a possibilidade de restrições indevidas na aplicabilidade direta da normativa de proteção de determinados tratados de direitos humanos no direito interno brasileiro (podendo inclusive inviabilizá-la), mostra-se manifestamente incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigos 1(1), 2 e 29).

32. Do prisma do Direito Internacional dos Direitos Humanos em geral, e da normativa da Convenção Americana em particular, o novo parágrafo 3 do artigo 5º da Constituição Federal brasileira não passa de uma lamentável aberração jurídica. O grave retrocesso que representa vem a revelar, uma vez mais, que a luta pela salvaguarda dos direitos humanos nos planos a um tempo nacional e internacional não tem fim, como no perene recomeçar, imortalizado pelo mito do Sísifo. Ao descer a montanha para voltar a empurrar a rocha para cima, toma-se consciência da condição humana, e da tragédia que a circunda (como ilustrado pelas histórias de Electra, e de Irene Ximenes Lopes Miranda).

5 A EFETIVIDADE INTERNA DAS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS À VISTA DO ART. 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

5.1 Aspectos gerais e possíveis vulnerabilidades do modelo adotado no país

No capítulo anterior, tratamos do direito internacional dos direitos humanos, suas fontes, e verificamos que a incorporação dos tratados de direitos humanos no Brasil ocorre por meio da ratificação. Por força dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal, passam automaticamente a integrar o ordenamento jurídico nacional, com hierarquia constitucional, formal e material, ante a inconstitucionalidade do § 3º do art. 5º da Carta de 1988.

Vimos que as normas constitucionais que disciplinam a internalização dos tratados não são perfeitas, pois o rito adotado no país não é detalhado, particularmente quanto à fixação de prazos para deflagrar e processar a ratificação de tratados internacionais, rendendo ensejo a não ratificação ou à demora injustificada na concretização do ato complexo em que se consubstancia.

Foi o que se verificou com a incorporação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que aguardou 23 anos para ser enviado ao Congresso para aprovação.

Isso, enfim, prejudica ou mesmo impede a entrada em vigor dos atos internacionais relevantes, conforme observou Paula Wojcikiewicz Almeida (2018, p. 386):

A falta de vontade política pode, portanto, prejudicar, ou até mesmo impedir a entrada em vigor dos atos internacionais. Pode eventualmente levar a excluir a participação do Congresso Nacional, quando este deveria se pronunciar. Esta mesma situação pode ocorrer quando o poder executivo não adota o decreto de promulgação de um tratado internacional. Mesmo que a promulgação intervenha após a aprovação legislativa, o poder executivo não é obrigado a fazê-lo. Portanto, é possível ativar desnecessariamente a máquina do processo legislativo mesmo que as razões de conveniência política conduzam o poder executivo a não mais se obrigar na esfera internacional. A exigência de promulgação não está prevista no texto constitucional, mas resulta de uma prática diplomática brasileira que data da época do Império. Essa prática já é incompatível com as exigências da sociedade internacional, favorecendo uma defasagem entre a entrada em vigor no nível internacional e a entrada em vigor no nível brasileiro. A consequência é uma insegurança jurídica que poderia levar a questionar os compromissos assumidos pelo Brasil no âmbito internacional.

De fato, preocupa o hiato por vezes existente – e consta não serem poucas as situações em que isso ocorre⁸ – entre a assinatura de tratados de direitos humanos e a ratificação desses acordos, proporcionando um vazio que merece ser considerado.

Igualmente, preocupam a manifestação de desinteresse na ratificação de tratados já assinados, a denúncia, as possíveis reservas, declarações restritivas, cláusulas e procedimentos facultativos, e mesmo a eventual indiferença do país em face de tratados de direitos humanos disponibilizados para adesão, levando ao esvaziamento da proteção esperada, quando não, necessária, dos direitos humanos.

No Brasil, recentemente tivemos exemplos concretos dessas possibilidades.

O primeiro caso refere-se ao Acordo de Paris.

No dia 22 de abril de 2016, o país firmou o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, ocorrida em 12 de dezembro de 2015.

Esse acordo foi aprovado pelo Congresso Nacional, que baixou o Decreto Legislativo n. 140, de 16 de agosto de 2016, e foi ratificado. O respectivo instrumento foi entregue às Nações Unidas em 21 de setembro de 2016, e promulgado pelo Presidente da República por meio do Decreto n. 9.073, de 05 de junho de 2017.

De acordo com informações do Ministério do Meio Ambiente (2019), o objetivo primordial do compromisso foi o de fortalecer a resposta global à ameaça das mudanças do clima e de reforçar a capacidade dos países para lidar com os impactos decorrentes dessas mudanças.

O Acordo de Paris foi aprovado pelos 195 países parte da Convenção, comprometendo-se a reduzir emissões de gases de efeito estufa, limitando o aumento da temperatura global.

O Brasil se comprometeu a reduzir, até 2025, as emissões de gases de efeito estufa em 37% abaixo dos níveis de 2005, com uma contribuição indicativa subsequente de diminuir as emissões de gases de efeito estufa em 43% abaixo dos níveis de 2005, em 2030. Para isso, o país deverá aumentar a participação de bioenergia sustentável na sua matriz energética para aproximadamente 18% até 2030, restaurar e reflorestar 12 milhões de hectares de florestas, além de alcançar uma participação estimada de 45% de energias renováveis na composição da matriz energética em 2030.

⁸ Reportagem publicada em 22 de abril de 2014, no jornal **O Estado de S. Paulo**, indicando que o Brasil tinha mais de 300 acordos sem ratificação.

As metas indicadas correspondem a uma redução estimada em 66% na emissão de gases efeito de estufa por unidade do PIB, em 2025, e em 75% em termos de intensidade de emissões em 2030, ambas em relação a 2005.

O Acordo de Paris prevê que os países desenvolvidos invistam 100 bilhões de dólares anualmente em medidas de combate às mudanças climáticas, viabilizando apoio financeiro, como a possibilidade de financiamento entre países em desenvolvimento. É a chamada “cooperação Sul-Sul”.

No entanto, com a mudança do governo federal ocorrida em 1º de janeiro de 2019, foi anunciado que o Brasil, devido a restrições fiscais e orçamentárias, não mais sediará a Conferência das Partes da Convenção do Clima das Nações Unidas, a COP-25, agendada para o final deste ano de 2019 e destinada a negociar a implementação do Acordo de Paris.

Além disso, o governo manifestou, internamente, a intenção de retirar-se do próprio Acordo de Paris, o que provocou reação contrária de vários setores da sociedade civil, incluindo o setor produtivo exportador, que se engajou no movimento porque, para o sucesso das suas transações comerciais, deve atender aos padrões dos mercados consumidores, principalmente os do Japão e da União Europeia, sempre exigentes no que se refere ao cumprimento de compromissos ambientais.

O segundo caso paradigmático, agora mais grave, refere-se à manifestação do país, junto à ONU, da intenção de revogar a adesão do Brasil ao Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular, sob justificativa de que seria preciso preservar a soberania nacional (AGÊNCIA BRASIL-EBC, 2019).

De acordo com informações da Agência Brasil (AGÊNCIA BRASIL-EBC, 2019), o pacto foi assinado no final de 2018 – 10 de dezembro de 2018 – e estabeleceu orientações específicas para o recebimento de imigrantes, preservando o respeito aos direitos humanos sem associar nacionalidades. Objetiva, por exemplo, aliviar a pressão sobre os países anfitriões, aumentar a autossuficiência dos refugiados e ajudar a criar condições, nos países de origem, para um regresso dos cidadãos em segurança e dignidade. Consta que no final de 2017 existiam quase 25,4 milhões de refugiados em todo o mundo. Atualmente, apenas dez países acolhem 60% das pessoas nessa situação. Só a Turquia abriga 3,5 milhões de refugiados, mais do que qualquer outro país. Representantes de 181 países aderiram ao acordo.

Infere-se da ONU News (2019), que o Pacto Global se fundamenta justamente em valores de soberania do Estado, compartilhamento de responsabilidade e não discriminação de direitos humanos.

Ele reconhece que é necessária uma abordagem cooperativa para otimizar os benefícios gerais da migração, além de mitigar seus riscos e desafios para indivíduos e comunidades nos países de origem, de trânsito e de destino.

O Secretário Geral da ONU, António Guterres, na ocasião, em comunicado, afirmou que o Pacto Global “também reconhece que todo indivíduo tem direito à segurança, dignidade e proteção”. Complementou, ainda que, se o Pacto fosse adotado, “veremos uma grande melhoria no aspecto de desenvolvimento, no aspecto humanitário e em todos os benefícios econômicos que a migração é capaz de produzir, se for bem administrada”.

A reportagem ainda enfatiza:

Com mais de 68 milhões de pessoas em movimento em todo o mundo atualmente, migrantes e refugiados passaram a estar nas manchetes da imprensa de todo o mundo nos últimos anos. Desde a crise de refugiados na Europa, às caravanas de migrantes vindos da América Central para passar as fronteiras do sul dos Estados Unidos.

[...]

O Pacto Global, que foi acordado pela primeira vez pelos Estados-membros da ONU a 13 de julho, é um documento abrangente para melhor gerenciar a migração internacional, enfrentar seus desafios e fortalecer os direitos dos migrantes, contribuindo para o desenvolvimento sustentável.

O texto do Pacto Global está profundamente enraizado na Carta das Nações Unidas e na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Arbor⁹, que também atuou como alta comissária da ONU para os Direitos Humanos, descreveu o documento como “um grande projeto de cooperação internacional”.

Observando que “a migração faz parte da experiência humana ao longo da história” e reconhecendo que é uma fonte de prosperidade, inovação e desenvolvimento sustentável em um mundo moderno e globalizado, o Pacto expressa o compromisso coletivo dos Estados-membros de melhorar a cooperação na migração internacional.

O Pacto “reconhece que nenhum Estado pode abordar a migração sozinho e defende sua soberania e suas obrigações sob a lei internacional”. O documento apresenta uma estrutura cooperativa não juridicamente vinculante que se baseia nos compromissos acordados pelos próprios Estados há dois anos na Declaração de Nova Iorque para Refugiados e Migrantes.

O ex-presidente da Assembleia Geral, Miroslav Lajčák, que fez da migração a pedra angular de sua agenda na última sessão do órgão, destacou em julho que o Pacto “não incentiva a migração nem visa impedi-la”, acrescentando que “respeita plenamente a soberania dos Estados”.

A representante especial da ONU para a Migração Internacional assim se manifestou sobre os poucos países que não aderiram imediatamente ao Pacto, o que também

⁹ Louise Arbor, representante especial da ONU para a migração internacional.

se aplica à hipótese comentada, da desistência do Brasil em ratificar o Pacto (ONU NEWS, 2019):

Na opinião da representante, “a política externa deles e o espírito do multilateralismo estão seriamente afetados se eles, de certo modo, se desvencilharem de um documento com o qual concordaram há apenas alguns meses”. Ela disse que “isso reflete muito pouco sobre aqueles que participaram das negociações reais”.

A migração humana não é um fenômeno novo, na verdade, os seres humanos sempre se deslocaram de um lugar para outro ao longo da história. Mas o mundo tem visto um grande aumento no número de migrantes ultimamente, o que provavelmente aumentará devido às mudanças climáticas, disse Arbour.

“Atualmente, 3,4% da população mundial é migrante. No ano 2000 foi de 2,7 por cento”, disse ela. “É um fenômeno. Vai continuar a aumentar? Quando olhamos para a demografia e muitos fatores, como por exemplo, a mudança climática, sim, há uma expectativa de que veremos ainda mais pessoas em movimento”.

Nessas circunstâncias, não apenas o Estado brasileiro, mas os cidadãos restam desguarnecidos dos seus direitos, criando situações de vulnerabilidade.

Podemos afirmar que essas situações de vulnerabilidade decorrem de: (a) tratados de direitos humanos ratificados, porém denunciados; (b) tratados de direitos humanos ratificados que o Brasil pretenda denunciar, motivo pelo qual o Estado se mantém inerte no cumprimento dos compromissos assumidos, podendo ser mencionados nessa situação, também, os tratados com declarações restritivas ou cláusulas e procedimentos facultativos que inviabilizem a efetivação completa dos direitos humanos; (c) tratados assinados, mas não ratificados, sem perspectiva de que isso se concretize, quer por falta de encaminhamento ao Congresso, quer pelo silêncio do Legislativo em apreciar os documentos encaminhados; (d) tratados ratificados, mas que não foram promulgados, restando ser baixado o Decreto Presidencial; (e) manifestação expressa, pelo Presidente da República, do não interesse na ratificação de tratados já assinados; (f) indiferença do país em face de tratados de direitos humanos disponibilizados para adesão.

Tudo nos leva a questionar, portanto, quais são os limites da discricionariedade do Presidente da República e do próprio Congresso Nacional nessa seara e sobre a possibilidade de aplicação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no âmbito interno, a despeito da postura governamental, à vista das regras positivadas na Constituição Federal, particularmente daquela encontrada no art. 4º, II, da Carta de 1988.

A ofensa aos direitos humanos nas situações de vulnerabilidade indicadas legitima o ofendido, pessoa física, ou seja, o particular, a exigir a abstenção de determinada conduta

(obrigação de não fazer), a prestação do Estado (obrigação de fazer) ou a indenização, não sendo incomum a cumulação dessas pretensões.

Para isso, há de se socorrer aos órgãos competentes para apreciarem suas demandas. Eles exercerão o controle de convencionalidade, promoverão a integração do direito nacional, complementando-o em suas lacunas, tornando-o efetivo, ou, verificando ser o caso, compatibilizando a normatização interna com as regras do direito internacional dos direitos humanos, nesta última hipótese observando a legislação que proteja com maior eficácia o interessado.

5.2 O manejo do sistema de proteção dos direitos humanos: controle de convencionalidade

Os direitos da pessoa humana são resguardados pelos sistemas normativos internacional e interno, estes denominados direitos fundamentais, que podem ser ampliados por cláusulas constitucionais de abertura para interagirem com aqueles. É o que ocorre no Brasil com o disposto no § 2º do art. 5º da Constituição de 1988: 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.

À vista das situações de vulnerabilidade aqui destacadas e do objetivo deste trabalho, interessa-nos, primordialmente, a aplicação do sistema normativo nacional, integrado, ou compatibilizado, pelo direito internacional de âmbitos global e regional – no caso do Brasil, o sistema regional interamericano –, com a ressalva de que este último arcabouço jurídico é subsidiário. O Estado deve investigar e adotar as providências cabíveis no tocante às violações ocorridas em seu território, salvo se na legislação interna do país em que a ofensa se verificou não houver previsão do devido processo legal para proteger o direito violado, se não tiver sido garantido o acesso integral à jurisdição ou se houver demora injustificada na apreciação do caso. É o que se denota do art. 46, I, a, e II, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969), promulgada pelo Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992.

Assim, verificaremos as consequências das vulnerabilidades em âmbito nacional e suas soluções.

Tratando-se de direitos humanos, no Brasil, a cláusula de abertura do § 2º do art. 5º deve ser lida em harmonia com o inciso II do art. 4º da Constituição Federal: A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais, dentre outros, pelo princípio da

prevalência dos direitos humanos, que irradia seus efeitos internamente, posto que, se essa diretriz influencia externamente, mais ainda no âmbito doméstico. Haveria insustentável incompatibilidade lógica e fática se se entendesse diversamente.

Portanto, acionando a justiça nacional, o ofendido pode invocar as normas internas e de direito internacional para a satisfação do seu direito.

A par de recorrer ao Poder Judiciário, o interessado também merece o respeito dos demais Poderes do Estado, enquanto entes vinculados às normas internacionais de direitos humanos.

Vem à tona, por primeiro, o controle de convencionalidade.

Entende-se por controle de convencionalidade a “análise da *compatibilidade dos atos internos* (comissivos ou omissivos) *em face das normas internacionais*”, normas estas que abrangem tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais (RAMOS, 2018, p. 522).

O controle de convencionalidade tem vários objetivos.

Efetuada no âmbito internacional, além do exercício do poder repressivo, o órgão competente, que no caso do Brasil seria a Corte Interamericana de Direitos Humanos, decide o conflito e determina a “modificação, revogação ou reforma das normas ou práticas internas em benefício dos direitos da pessoa humana”, conforme observa Sidney Guerra (2017, p. 201).

No âmbito nacional, esse mesmo controle se concretiza por meio dos juízes e tribunais, “que terão competência para aplicar a Convenção em detrimento da legislação interna, em um caso concreto, a fim de proteger direitos mais benéficos à pessoa humana”. Significa dizer que se procede a uma “sindicância de compatibilidade entre o direito estatal e o internacional dos direitos humanos” (GUERRA, 2017, p. 201-202).

Outrossim, sobressai a finalidade integrativa do controle de convencionalidade, agora destinada a suprir a lacuna na defesa dos direitos da pessoa humana, para o que os juízes e tribunais locais haverão de se servir das mais variadas fontes do direito internacional dos direitos humanos, aí incluídos, insista-se, tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais, sejam de âmbito regional, sejam aquelas advindas do sistema global ou onusiano.

Esta última finalidade do controle de convencionalidade nos aproveita de perto para as situações de vulnerabilidade de que tratamos.

Identificada situação que inviabilize a efetiva proteção dos direitos humanos, deve-se proceder ao controle de convencionalidade e à integração da legislação nacional,

resguardando-se os interesses do ofendido com a aplicação das normas (em sentido amplo), de direito internacional de direitos humanos, com fulcro no art. 4º, II, c.c. o § 2º do art. 5º, da Constituição Federal.

Nessa linha de raciocínio, Sidney Guerra elenca questões relevantes:

Primeiro, o dito controle possui a natureza de “garantia”, ou seja, trata-se de um instrumento a serviço da proteção dos direitos humanos internacionalmente consagrados. Segundo, seu resultado não necessariamente irá definir que uma norma internacional seja prevalente em determinado caso, pois os direitos fundamentais previstos na ordem jurídica interna, caso eles sejam mais favoráveis à tutela da pessoa humana (princípio *pro persona*), devem ter primazia. Portanto, o exercício do controle de convencionalidade depende da hierarquia que o Estado atribui às normas internacionais em matéria de direitos humanos. Terceiro, quaisquer normas estatais, incluindo as constitucionais e decisões judiciais, estão sujeitas ao controle de convencionalidade doméstico. Desse modo, leis em abstrato e até mesmo omissões legislativas podem ser objeto do citado controle. Quarto, o bloco de convencionalidade doméstico é mais amplo que o interamericano, uma vez que composto também pelas normas emanadas do sistema onusiano. Quinto, segundo o atual entendimento da Corte IDH (que já mudou inúmeras vezes), compete a todos os órgãos e poderes do Estado exercerem o controle de convencionalidade. Sexto e último, já que são breves aspectos, os efeitos da declaração de convencionalidade dependem do órgão que a proclamou (2017, p. 202-203).

O que se verifica é o controle de compatibilidade, afastando-se a incidência da norma ou do ato ofensivo (comissivo ou omissivo), que, portanto, passam a não mais existir no mundo jurídico e são imediatamente superados pelas normas de direito internacional.

Quando não, promove-se a integração do direito.

Os elementos normativos a serem utilizados nessas hipóteses serão explorados adiante.

Para tanto, é indispensável ter em mente a vocação da Constituição de 1988 para resguardar os direitos humanos no país, a começar pelo Preâmbulo, denotando a instituição de um Estado Democrático de Direito,

destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Depois, é preciso considerar que a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político, constituem os fundamentos do Estado Democrático.

No mesmo diapasão, temos que nos fiar nos objetivos fundamentais da República: constituir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Por fim, não de ser observados os princípios que regem as relações internacionais do país, quais sejam, independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não intervenção, igualdade entre os Estados, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos, repúdio ao terrorismo e ao racismo, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e concessão de asilo político.

5.3 Elementos essenciais no controle de convencionalidade

5.3.1 Prevalência dos direitos humanos, o indivíduo como sujeito do direito internacional dos direitos humanos e a primazia da norma mais favorável

O primeiro elemento essencial a ser destacado nesse contexto é o da prevalência dos direitos humanos como princípio fundamental a vincular o Estado nas relações internacionais, com reflexos inafastáveis na ordem jurídica interna.

Flávia Piovesan (2015, p. 103) observa que a Constituição de 1988 foi a primeira a impor ao governo um princípio dessa envergadura.

Antes disso, as referências encontradas nas Constituições brasileiras visavam a garantir a independência e a soberania do país (Constituição de 1824), proibiam a guerra de conquista e previam a arbitragem internacional (Constituições de 1891 e 1934), referiam-se ao direito internacional público na aquisição de território (Constituição de 1937) ou à adoção de meios pacíficos para solucionar conflitos (Constituições de 1946 e 1967).

Nas palavras da autora, (2015, p. 106):

Ao romper com a sistemática das Cartas anteriores, a Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional. Esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira. Implica, ademais, o compromisso de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados.

Igualmente são as conclusões de Ingo Wolfgang Sarlet (2016, p. 296-297):

O princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, da CF) não apenas consagra a relevância dos direitos humanos como critério material da legitimidade da própria ordem constitucional nas suas relações com a comunidade internacional, mas também da Constituição na condição de Lei Fundamental no plano doméstico, inclusive para o efeito de iluminar a própria interpretação e aplicação do direito interno, no sentido de uma interpretação conforme os direitos humanos e de uma abertura da ordem nacional ao sistema internacional de reconhecimento e proteção dos direitos humanos. Tal princípio, que, salvo melhor juízo, por si só já deveria implicar a adesão aos tratados internacionais (universais e regionais) de direitos humanos, guarda forte conexão com a abertura material do catálogo constitucional de direitos fundamentais, a teor do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, de acordo com o qual os direitos expressamente consagrados no texto constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios, bem como os que estiverem previstos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, o que foi de certo modo reforçado mediante a inserção de um procedimento qualificado de aprovação dos tratados de direitos humanos pelo Congresso Nacional (previsto no art. 5º, § 3º, da CF), bem como por meio da criação (pela mesma reforma constitucional) do incidente de deslocamento de competência da seara estadual para a federal nos casos de grave violação dos direitos humanos (art. 109, § 5º, da CF).

Arelado ao princípio da prevalência dos direitos humanos a incidir no Brasil nos âmbitos interno e internacional, está a emancipação do indivíduo como sujeito de direitos humanos internacionais.

Essa assertiva condiz com o movimento de internacionalização dos direitos humanos verificado no pós-guerra, cujo acontecimento mais traumático foi registrado na denominada era Hitler, “marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais e ciganos” (CANOTILHO *et al.*, 2018, p. 159).

Inter-relaciona-se, outrossim, com a preservação da dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, nos exatos termos do art. 1º, III, da Constituição Federal, a conduzir o indivíduo, e não mais o Estado, unicamente, enfatize-se, como sujeito de direitos nessa seara.

Entende-se atualmente que a preocupação com o bem-estar das pessoas não é assunto exclusivo do Estado, decorrente do seu poder soberano, mas também um interesse da comunidade internacional.

Por ocasião da concepção do direito internacional, idealizou-se um ordenamento jurídico que obrigasse a todos, governantes e governados, de acordo, principalmente, com as

ideias de Francisco de Vitoria e Francisco Suarez. Para este último, “o direito das gentes revela a unidade e a universalidade do gênero humano; os Estados têm necessidade de um sistema jurídico que regule suas relações, como membros da sociedade universal.” (TRINDADE, 2008, p. 202).

Demais disso, segundo informa Antônio Augusto Cançado Trindade (2008, p. 203), na formulação do *jus gentium* imaginada por Hugo Grotius, que igualmente muito contribuiu para o direito internacional na sua época, a sociedade civil já se destacava, pois o Estado não pode ser um fim em si mesmo, “mas um meio para assegurar o ordenamento social consoante a inteligência humana, de modo a aperfeiçoar a ‘sociedade comum que abarca toda a humanidade’”:

Os sujeitos têm direitos *vis-à-vis* o Estado soberano, que não pode exigir obediência de seus cidadãos de forma absoluta (imperativo do bem comum); assim, na visão de Grotius, a razão de Estado tem limites, e a concepção absoluta desta última torna-se aplicável nas relações tanto internacionais quanto internas do Estado.

No entanto, a visão desses autores clássicos ficou sufocada durante a era do positivismo jurídico, que viu o Estado como “ente todo-poderoso”. E o expoente dessa época foi Hegel. Resistiu-se, segundo Antônio Augusto Cançado Trindade, “com todas as forças ao ideal de emancipação do ser humano na tutela absoluta do Estado e ao reconhecimento do indivíduo como sujeito do Direito Internacional”. Ocorreu que, “no plano normativo, o positivismo se mostrou subserviente à ordem legal estabelecida, e convalidou os abusos praticados em nome desta.” Enfim, somente os Estados eram sujeitos de direito nessa época e prevalecia a ideia da soberania estatal absoluta (2008, p. 205).

O ressurgimento do indivíduo no cenário do direito internacional ocorreu no século XX, rememorando-se as características do direito natural, que preza pela universalidade dos direitos humanos.

Com isso, passou-se a admitir o acesso direto dos indivíduos ao sistema jurisdicional internacional, particularmente para discutir direitos em face do Estado.

Em reforço a essa tese, Antônio Augusto Cançado Trindade (2008, p. 216) recorda da contribuição dada em 1953 por Constantin Eustathiades durante um curso ministrado na Academia de Direito Internacional de Haia, no qual “vinculou a subjetividade internacional dos indivíduos à temática da responsabilidade internacional (dos mesmos, a par da dos Estados)”, quer dizer, se a pessoa, individualmente, podia ser responsabilizada pela

prática de crimes de guerra, denotando possuir deveres, também haveria de ser admitida como sujeito de direito internacional.

De lá para cá, foi-se consolidando o reconhecimento da personalidade jurídica, além da capacidade processual internacional dos indivíduos, paralelamente à do Estado. Mais ainda, denotou-se o aperfeiçoamento da legitimação ativa, que passou a incorporar em suas fileiras as organizações internacionais, ou os denominados “sujeitos atípicos do direito internacional, tais como a Santa Sé, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha e a Soberana Ordem de Malta, todos amplamente reconhecidos pela comunidade internacional” (ACCIOLY, 2017, p. 259). Além disso, nota-se a influência de entidades da sociedade civil e de personalidades na criação e no monitoramento do cumprimento das normas de direito internacional, “rompendo assim o monopólio estatal de outrora neste domínio” (TRINDADE, 2008, p. 262).

No âmbito regional que nos afeta, Antônio Augusto Cançado Trindade enfatiza:

O fortalecimento do sistema interamericano de direitos humanos ergue-se sobre os pilares básicos do acesso direto dos indivíduos à jurisdição da Corte Interamericana e da intangibilidade de tal jurisdição obrigatória (verdadeiras cláusulas pétreas do sistema de proteção) – somados ao exercício da garantia coletiva, pelos Estados Partes, da integridade da Convenção Americana. Somente mediante um claro entendimento desses pontos fundamentais lograremos construir uma *ordre public* internacional baseada na fiel observância dos direitos humanos e no âmbito da consolidação do novo paradigma do Direito Internacional, o novo *jus gentium* do século XXI, que consagra o ser humano como sujeito de direitos, dotado de plena capacidade jurídica internacional (2017, p. 305-306).

Houve, ainda, um incremento das normas internas e internacionais de proteção dos direitos humanos, com o que, não raro, surgem conflitos que precisam ser solucionados.

A resolução desses conflitos se dá pela aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo.

A diretriz a ser observada, na hipótese, condiz com a impossibilidade de se limitar, independentemente da forma, o direito de algum modo já reconhecido, tenha a regra mais protetiva origem nacional ou internacional.

Como fundamentos legais desse princípio, André de Carvalho Ramos (2016b, p. 150) invoca, dentre outros, o art. 5º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o art. 60 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o art. 5.2 do Pacto das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos, e, principalmente, o art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, com especial atenção ao item “b” desse dispositivo:

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
- c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e
- d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

O Supremo Tribunal Federal invocou esse princípio ao julgar o *Habeas Corpus* n. 91.361, em que se discutiu a legalidade da prisão do depositário infiel (STF, HC 91.361, j. 23-09-2008, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello):

os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica.

O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.

Aplicação, ao caso, do art. 7º, n. 7, c/c o art. 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.

5.3.2 Universalização, indivisibilidade e vedação do retrocesso

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, contribuiu para consolidar “a chamada concepção contemporânea, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos” (CANOTILHO *et al.*, 2018, p. 160).

A universalização condiz com a imperiosidade da expansão dos direitos humanos a todos os recônditos do planeta, como também com a necessidade de conferir tratamento igualitário e uniforme aos conflitos de interesses surgidos a propósito dos mais variados temas, decorrentes do convívio em comunidade, sem distinção de classes ou de pessoas.

O desafio, aqui, consiste em “ser universal na diversidade”, conforme expõe André de Carvalho Ramos (2016b, p. 209), considerando a diversidade cultural característica da humanidade.

A propósito, há críticas baseadas na afirmação de que os direitos humanos arrolados na Declaração Universal teriam sido idealizados pelo mundo ocidental, de modo que haveria de ser visto com reservas, considerada a diversidade religiosa, histórico e cultural de outras regiões do planeta.

Nesse sentido, José Augusto Lindgren Alves (2015, p. 4-5) recorda que, de fato, a concepção pelos direitos humanos, como atualmente o conhecemos, foi deflagrada na Europa e nos Estados Unidos, especialmente com a Revolução Parlamentar Inglesa, a independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa. A Declaração Universal foi particularmente influenciada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Mas não é apropriado dizer que esse documento não aproveita às sociedades com valores histórico-culturais ou religiosos diferentes. Por duas razões. A primeira, porque as constituições elaboradas depois da adoção da Declaração Universal nela se inspiraram, servindo de agentes multiplicadores dos valores ali defendidos. A outra, porque rende ensejo “à invocação do relativismo cultural como justificativa para violações concretas de direitos já internacionalmente reconhecidos”.

Na verdade, na arguta percepção do autor, no ocidente, privilegia-se o enfoque individualista dos direitos humanos, considerando, primordialmente, as liberdades fundamentais, enquanto os orientais e socialistas primam pelo coletivismo, interessando mais de perto a eles os direitos econômicos e sociais. Destoam, contudo, dessas posturas, os países islâmicos, “para quem os preceitos da lei corânica extravasam o foro íntimo, religioso, dos indivíduos, com incidência no ordenamento secular da comunidade”, embora concebam os direitos humanos “como um núcleo essencial de direitos, que permite diferenças na forma de sua aplicação” (ALVES, 2015, p. 5).

Mas a universalização é imprescindível, mesmo porque existem determinadas categorias de direitos humanos que exigem o concerto de todos os países do globo para serem resguardadas.

Exemplo marcante está no direito ao meio ambiente marinho ecologicamente equilibrado. Não importa o engajamento de alguns Estados em sua preservação se os demais frequentadores do ambiente assim não procederem e adotarem práticas degradadoras, como se verifica com a realização de testes nucleares, a pesca predatória, o descarte de resíduos e os derramamentos de produtos ou substâncias poluentes.

Quanto à indivisibilidade, entende-se que os direitos humanos têm suas bases na garantia dos direitos civis e políticos como pressuposto do resguardo dos direitos sociais, econômicos e culturais, e vice-versa, todos inter-relacionados por elos que não podem se romper.

Trata-se de formar “um todo inseparável, ligado em conjunto à ideia de dignidade da pessoa humana”, impedindo a cisão ou o resguardo de uma parcela em detrimento de outra sob a justificativa, por exemplo, de “atrasos econômicos ou problemas sociais ou políticos” (TRINDADE, 1997, v. 1, p. 227).

É o que foi estabelecido no art. 5º da Declaração de Viena de 1993, segundo o qual “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de maneira justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”.

Consequentemente, é preciso estabelecer que a indivisibilidade também há de abranger os direitos da fraternidade, como a paz, o desenvolvimento, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, a preservação do patrimônio histórico e cultural, a autodeterminação dos povos, a democracia e o patrimônio genético, porque são valores atrelados à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial.

Essa perspectiva já encontrou ressonância na Corte Internacional de Justiça em 2011, quando foi solicitada a interpretar a sentença de 1962 prolatada no caso do Templo de Préah Vihear (Camboja *versus* Tailândia), não apenas para conferir proteção ao território local, mas também à população que ali vivia e ao Templo em si, declarado patrimônio cultural e espiritual da humanidade pela Unesco (TRINDADE, 2017, p. 130-131).

Cite-se, ainda, na mesma linha protetiva, a sentença de 31.03.2014, da Corte Internacional de Justiça, no caso da Pesca de Baleias na Antártida (Austrália *versus* Japão, com intervenção da Nova Zelândia), proibindo a atividade econômica para preservar os recursos marinhos vivos e o meio ambiente, ante o princípio da equidade intergeracional (TRINDADE, 2017, p. 156-158).

Atrelada a essas duas premissas, temos a vedação de retrocesso, significando afirmar que não se pode admitir a reversão das conquistas havidas na proteção dos direitos humanos.

Nessa seara são frequentes os avanços e os retrocessos, mas o norte há de ser o do não amesquinamento ou diminuição das conquistas realizadas. Ao contrário, a tônica é de ampliação e da efetiva materialização das inovações positivas verificadas, ao menos no que toca ao conteúdo essencial dos direitos consagrados.

Cristina Queiroz, discorrendo, em Portugal, sobre o princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais, lembra que, adotado, implica em que “uma vez consagradas legalmente ‘as prestações’ sociais (v.g., de assistência social) o legislador não poderá depois eliminá-las sem alternativas ou compensações” (2006, p. 67). Ela exemplifica trazendo o que ocorre na esfera ecológico-ambiental: “a água, os solos, a fauna, a flora não podem ver aumentado o ‘grau de esgotamento’, surgindo os ‘limites do esgotamento’ como limite jurídico-constitucional da liberdade de conformação dos poderes públicos”, sob pena do surgimento de uma “lacuna de protecção tão massiva ou generalizada” que ofenderia o Estado Democrático de Direito (2006, p. 75-76).

É o que se acha expresso no artigo 2º, alínea 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado no Brasil pelo Decreto n. 591, de 06 de julho de 1992, e repetido no artigo 1º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), promulgado no País pelo Decreto n. 3.321, de 31 de dezembro de 1999:

Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

André de Carvalho Ramos argumenta que no Brasil a proibição do retrocesso encontra guarida nos seguintes dispositivos constitucionais:

1) Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*); 2) dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); 3) aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º); 4) proteção da confiança e segurança jurídica (art. 1º, *caput*, e ainda art. 5º, XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada); e 5) cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, IV (2018, p. 103).

Como se nota, o tema também se afina com a possibilidade de revisão da Constituição e, assim, com a temática das cláusulas pétreas e da denúncia dos tratados de direitos humanos.

Acompanhamos, neste passo, o posicionamento do doutrinador (2018, p. 517-518), para quem todos os tratados internacionais de direitos humanos possuem *status* constitucional, por força do art. 1º, *caput* (Estado Democrático de Direito), e inciso III (consagração da dignidade humana como fundamento da República), em harmonia com o

disposto no § 2º do art. 5º da Constituição de 1988 (incorporação dos tratados), de forma que não estão sujeitos à denúncia, “uma vez que há a proibição do retrocesso”.

Já defendemos em capítulo anterior a inconstitucionalidade do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, o que afasta entendimentos doutrinários no sentido de que cabe a denúncia, fruto do poder discricionário do Presidente da República ou de ato complexo editado pelo Legislativo e pelo Executivo, se o tratado tiver sido ratificado pelo quórum comum. Não se cogita da denúncia se aprovado pelo quórum qualificado, porque neste último caso estaria dentre as cláusulas pétreas¹⁰.

De fato, não há como distinguir os tratados de direitos humanos tomando por base o processo previsto na legislação brasileira para incorporação ou denúncia. Na essência, eles têm natureza e importância semelhantes, e, portanto, merecem igual tratamento.

Segundo André de Carvalho Ramos, o Supremo Tribunal Federal, desde 1997, aprecia a matéria (rito da denúncia de tratados de direitos humanos) na ADI 1.625, na qual a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura pretende invalidar o Decreto n. 2.100/1996, que promulgou a denúncia à Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho, cujo objeto é disciplinar o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, vedando a dispensa injustificada. Já foram proferidos votos sinalizando pela necessidade do aval do Congresso para que o Presidente denuncie tratados dessa espécie, o que, no entender do doutrinador, também exigiria rito especial em decorrência do disposto no § 3º do art. 5º da Constituição de 1988. Mas, destaca, “a denúncia de um tratado de direitos humanos submete-se ao crivo da proibição do retrocesso”, tornando-se imperioso “existir motivo para a denúncia que não acarrete diminuição de direitos e ainda cabe controle judicial para verificação da constitucionalidade da denúncia” (2018, p. 518).

5.3.3 Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos

Outro componente desse mosaico de proteção dos direitos humanos, interna e internacionalmente, é a soberania, atrelada aos princípios da independência nacional,

¹⁰ Confira-se a doutrina de Flávia Piovesan (2015, p. 464) e de Valério de Oliveira Mazzuoli (2018, p. 98-99), para quem os tratados de direitos humanos incorporados ao direito nacional pelo rito do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, são material e formalmente constitucionais, ao contrário daqueles que não foram submetidos à aprovação no Congresso Nacional pelo quórum especial. Estes seriam apenas materialmente constitucionais. Portanto, os tratados de direitos humanos material e formalmente constitucionais, passando a integrar o núcleo material da Constituição, vale dizer, compondo os valores fundamentais da ordem constitucional, são cláusulas pétreas. Em razão disso, por força do art. 60, § 4º, IV, da Carta de 1988, não podem ser denunciados.

autodeterminação dos povos, não intervenção, igualdade entre os Estados e cooperação entre os povos para o progresso da humanidade:

Fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não se deve reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, esta concepção inovadora aponta a duas importantes consequências: 1ª) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, transita-se de uma concepção “hobbesiana” de soberania centrada no Estado para uma concepção “kantiana” de soberania centrada na cidadania universal; e 2ª) a cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direito (CANOTILHO, 2018, p.160).

Para salvaguardar todos esses pressupostos de garantia dos direitos humanos, concebeu-se um sistema internacional convencional e extraconvencional de proteção decorrente do exercício da soberania, ao mesmo tempo em que ela se vê relativizada, na expectativa de um “consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – do ‘mínimo ético irreduzível’”. Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho *et al.* (2018, p. 160), esse parâmetros trazem dados importantes¹¹ sobre a adesão de países a tratados¹² internacionais: até 2017, 169 Estados haviam aderido ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 166 deles firmaram o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e 162 subscreveram a Convenção contra a Tortura. A Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial contava com 178 Estados partes, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher com 189 e a Convenção sobre os Direitos da Criança, com o acolhimento maior, de 196 Estados partes.

O sistema normativo internacional de que falamos está centralizado na Organização das Nações Unidas, mas também é composto de sistemas regionais (europeu, africano e interamericano), complementando-se uns aos outros, sempre norteados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A propósito, José Augusto Lindgren Alves (2015, p. 5-6) discorre:

¹¹ Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas. **Status of ratifications of the principal international human rights treaties**. Disponível em: <http://www.unhchr.ch/pdf/report.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2017.

¹² Expressão utilizada em sentido amplo.

Na área dos direitos humanos, as construções internacionais existentes ultrapassaram as noções tradicionais de soberania e interesses. Ao subscrever uma convenção internacional sobre direitos humanos, ao participar de organizações regionais sobre o assunto, ou, conforme é hoje interpretação corrente, pelo simples fato de integrar-se às Nações Unidas – para quem a Declaração Universal dos Direitos Humanos, se não era originariamente compulsória, tem força de *jus cogens* como direito costumeiro – os Estados abdicam soberanamente de uma parcela da soberania, em sentido tradicional, obrigando-se a reconhecer o direito da comunidade internacional de observar, e conseqüentemente, opinar sobre sua atuação interna, sem contrapartida de vantagens concretas. Enquanto prosseguem as discussões doutrinárias sobre a correção jurídica da atribuição de *jus cogens* à Declaração Universal, os fatos evidenciam que as Nações Unidas a vêm aplicando na prática, e são relativamente raros, atualmente, os Governos que a contestam invocando o princípio da não-ingerência. Se este último foi entronizado na Carta das Nações Unidas pelo Artigo 2º, parágrafo 7º, a própria Carta estabelece, pelo Artigo 56, em conjunção com o Artigo 55, alínea c, o compromisso pelos Estados-membros de agirem em conjunto ou em separado, em cooperação com a Organização, para a promoção do “respeito e observância universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”. A Declaração pode, assim, ser encarada, conforme assinala Francesco Capotorti, como tendo “efeitos legais complementares” à Carta¹³.

Afinado com o artigo 4º, II, da Constituição Federal, Alves (2015, p. 28-29), destacando a relevância da Declaração de Viena no que diz respeito ao direito à autodeterminação – significando isso que os povos determinarão livremente sua situação política e procurarão livremente o seu desenvolvimento econômico, social e cultural –, e dando relevo ao tema da soberania do Estado, afirma:

Outra conquista conceitual de grande relevância consiste no reconhecimento da legitimidade da preocupação internacional com a promoção e a proteção dos direitos humanos, estabelecida no Artigo 4º. Confirma-se, dessa maneira, o entendimento predominante, mas às vezes ainda questionado, de que os direitos humanos extrapolam o domínio reservado dos Estados, invalidando o recurso abusivo ao conceito de soberania para encobrir violações. Concilia-se, ao mesmo tempo, o propósito de promover os direitos humanos do Artigo 1º, parágrafo 3º, da Carta das Nações Unidas, com o princípio da não-ingerência, estabelecido no Artigo 2º, parágrafo 7º.

De fato, a soberania e a proteção internacional dos direitos humanos são dois fundamentos a serem harmonizados, porque, conforme observa Valério de Oliveira Mazzuoli (2002, p. 170, com grifo original), “à medida que os Estados assumem compromissos mútuos em convenções internacionais, que diminuem a competência discricionária de cada

¹³ O autor cita Francesco Capotorti, “Human rights: the hard road towards universality”, p. 982. *In*: R. St. MacDonald e Johnston (org.). **The structure and process of international law**: essays in legal philosophy doctrine and theory. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1986.

contratante, eles *restringem* a sua soberania”, o que é uma “tendência do constitucionalismo contemporâneo, que aponta a prevalência da perspectiva monista internacionalista para a regência das relações entre o direito interno e o direito internacional.”

Tratando-se de resguardo dos direitos humanos, sequer pode ser invocada a regra da não interferência internacional em assuntos internos, encontrada no art. 2º, alínea 7, da Carta das Nações¹⁴, porque estamos diante de matéria de interesse de toda a comunidade mundial.

Recordamos, aqui, o que já expusemos quando tratamos da universalização dos direitos humanos: existem determinadas categorias que exigem o concerto de todos os países do globo para serem resguardadas. Exemplo marcante delas está no direito ao meio ambiente marinho ecologicamente equilibrado. Não importa o engajamento de alguns Estados em sua preservação se os demais frequentadores do ambiente assim não procederem e adotarem práticas degradadoras, conforme se verifica com a realização de testes nucleares, a pesca predatória, o descarte de resíduos e os derramamentos de produtos ou substâncias poluentes.

Valério de Oliveira Mazzuoli, após lembrar as lições de Fábio Konder Comparato a respeito (2002, p. 173), adiante transcrita, ilustra essa máxima citando a Constituição da Itália, a Carta Política do Chile de 1980 e uma decisão da Corte de Justiça Europeia (2002, p. 174):

Nesse compasso é que o art. 11 da Constituição italiana, já inserto dentro desse novo contexto, preceitua que a Itália “consente, em condições de reciprocidade com outros Estados, nas *limitações de soberania* necessárias a uma ordem asseguradora da paz e da justiça entre as Nações. Aliás, a Corte de Justiça Europeia, em certa ocasião, declarou-se competente inclusive para julgar – em tema de direitos fundamentais – os conflitos existentes entre o *direito comunitário* europeu e o *direito constitucional* interno dos países membros, com o escopo de dar prevalência ao primeiro em detrimento do segundo (cf. sent. de 9 de março de 1978, causa 106/1977) (vide BARILE, 1984, p. 445-446).

No mesmo sentido, seguindo essa tendência moderna do constitucionalismo democrático, a Carta Política do Chile de 1980, reformada em 1997, estabelece, no seu art. 5 (2): “El ejercicio de la soberania reconoce como *limitación* el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, complementando que é dever “de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes” (grifos do autor).

¹⁴ Este o teor da regra: “Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII”.

Abordando especificamente a combinação obrigatória do que está consignado no art. 4º, II, e no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, Fábio Konder Comparato (1996, p. 282), conforme nos referimos linhas acima, é incisivo:

O sentido desta última declaração de princípio parece ser o da supremacia dos direitos humanos sobre quaisquer regras decorrentes da soberania internacional de nosso País, considerada esta como independência em relação a outros Estados e como poder, em última instância, para decidir sobre a organização de competências no plano interno. Tal significa, segundo a melhor exegese, que o Brasil reconhece a inaplicabilidade, para si, em matéria de direitos humanos, do princípio de não-ingerência internacional em assuntos internos (Carta das Nações Unidas, art. 2º, alínea 7). A proteção aos direitos fundamentais do homem é, por conseguinte, considerada assunto de legítimo interesse internacional, pelo fato de dizer respeito a toda humanidade.

Bem por isso, não há espaço para atitudes como aquelas mencionadas no início do capítulo, de manifestação expressa do governo de não ratificar tratado assinado sob argumento de que se deve preservar a soberania nacional.

5.3.4 As obrigações *erga omnes* e as normas de *jus cogens*

As normas imperativas, cogentes, ou normas de *jus cogens*, assim como as obrigações *erga omnes* em matéria de direitos humanos, estão dentre as normas imperativas de direito que o Estado não pode desprezar e que deve fazer valer em suas relações internacionais. Portanto, guardam relação estrita com o art. 4º, II, da Constituição Federal. São verdadeiros instrumentos da internacionalização dos direitos humanos, reconhecidos como “espécies de normas internacionais que representam valores essenciais da comunidade.” (RAMOS, 2016a, p. 50).

As obrigações *erga omnes*, conforme observa Valério de Oliveira Mazzuoli (2018, p. 23-24), consistem nas “obrigações impostas a todos os Estados independentemente de aceitação e, por consequência, sem que seja possível objetá-las”. São normas “cuja aplicação atinge todos os sujeitos do direito internacional público, sem exceção”, visando a preservar os valores fundamentais do ser humano, conforme assentou o *Institut de Droit International* na reunião do dia 27 de outubro de 2005, na Cracóvia, evento marcante a partir do qual essa característica passou a ser utilizada universalmente no meio jurídico.

São exemplos correntes e consolidados de obrigações *erga omnes* dados pelo *Institut*, a proibição de atos de agressão, a proibição de genocídio, as obrigações concernentes

aos direitos fundamentais da pessoa humana, as obrigações relativas ao direito à autodeterminação e as obrigações ao meio ambiente dos espaços comuns.

Quanto ao *jus cogens*, são normas carregadas de “valores considerados essenciais para a comunidade internacional como um *todo*, sendo por isso dotado de *superioridade normativa* no choque com outras normas de direito internacional” (RAMOS, 2016a, p. 51, grifos do autor).

Esses predicados foram reconhecidos nos artigos 53 e 64 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 7.030/2009:

Artigo 53

Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um *todo*, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Artigo 64

Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)

Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

André de Carvalho Ramos (2016a, p. 63) alerta, ainda, para a impropriedade de se defender, como já ocorreu, a existência de normas de direitos humanos não imperativas, porque (i) admitem-se reservas em tratados de direitos humanos, (ii) é possível prever, também em tratados, a suspensão de alguns direitos no caso de estados de emergência, e (iii) permite-se pactuar a possibilidade de conciliação entre o indivíduo-vítima e o Estado infrator.

O autor rebate os argumentos invocando a regra segundo a qual as reservas são obrigatoriamente interpretadas pelas instâncias internacionais “de maneira restritiva, de modo a *não comprometer* a integral defesa de direitos humanos protegidos”, velando-se para a prevalência do Estado Democrático de Direito, “que deve possuir *mecanismos transitórios* que assegurem sua existência, em casos de perigos extremos”. No que diz respeito à possibilidade de conciliação, os órgãos internacionais “*zelam pelo respeito* dos direitos humanos nos casos de conciliação bem-sucedida” (2016a, p. 63, grifos do autor).

A concretização desse posicionamento passa pelo reconhecimento da interdependência e indivisibilidade entre as diversas categorias de direitos humanos mundialmente protegidos:

Com a evolução da proteção internacional dos direitos humanos e com a aceitação de seu caráter indivisível, supera-se a posição que restringe a qualidade de normas imperativas em sentido amplo às normas de direitos humanos inderrogáveis, aceitando-se a imperatividade de todas as normas de direitos humanos (2016a, p. 65).

Toda norma que pertença ao *jus cogens* gera obrigações *erga omnes*, pois ambos lidam com valores essenciais da comunidade internacional. Reconhece-se a superioridade das normas imperativas e, com as obrigações especiais, a convicção de que devem ser implementadas.

André de Carvalho Ramos (2016a, p. 53, grifos do autor) constata que, dessa maneira, cria-se “um *interesse jurídico da comunidade internacional no respeito às normas imperativas em sentido amplo*”. Há um interesse geral dos Estados em ver respeitado esse tipo de norma internacional, consagrando-a. Não se exige unanimidade entre os Estados para o reconhecimento da imperatividade da norma, assim como para a formação dos costumes. Basta um “*consenso qualificado*, nascido entre os representantes essenciais da comunidade internacional”, ou seja, “representantes significativos dos diversos sistemas políticos e sociais existentes na comunidade internacional, a fim de que haja efetivamente uma maioria quantitativa e também qualitativa”, aqueles que “abarcam os países representativos das grandes correntes econômicas, políticas e geográficas do planeta”, nas palavras do doutrinador.

Valério de Oliveira Mazzuoli (2018, p. 24) arremata:

Seja como for, os Estados que violarem as obrigações *erga omnes* de proteção ou as (imperativas e inderrogáveis) normas de *jus cogens* podem ser internacionalmente responsabilizados independentemente da existência de tratado ou outra norma de direito internacional escrita. Basta demonstrar que, em razão da violação de tais normas (nexo causal), houve efetiva violação a direitos humanos da vítima (dano).

5.3.5 A Declaração Universal de Direitos Humanos e o arcabouço normativo dela decorrente

Não poderíamos deixar de discorrer sobre a Declaração Universal de Direitos Humanos e sua força normativa, apta a solucionar as questões levantadas neste trabalho. Trata-se de documento de fundamental importância nessa tarefa.

Fábio Konder Comparato (2017, p. 237) relata que em 1946, ainda sob o efeito traumático da Segunda Guerra Mundial, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas deliberou que a Comissão de Direitos Humanos tinha a tarefa de elaborar uma declaração de direitos humanos, nos moldes do art. 55 da Carta das Nações Unidas, produzir um documento com força obrigatória, que não uma simples declaração, e, por fim, prever mecanismos que assegurassem o respeito aos direitos humanos e lidassem com os casos de sua violação.

Com isso, em 1948, sobreveio a Declaração Universal de Direitos Humanos e, em 1966, advieram o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Quanto aos mecanismos de controle, previu-se a possibilidade de formular reclamações junto à Comissão de Direitos Humanos.

A Declaração “representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens”, ideais cuja consolidação “far-se-á progressivamente, no plano nacional e internacional, como fruto de um esforço sistemático de educação em direitos humanos” (COMPARATO, 2017, p. 238).

Qual é a força normativa da Declaração Universal de Direitos Humanos?

Correto que a Declaração não é um tratado. Tecnicamente, é uma recomendação da Assembleia Geral das Nações Unidas (COMPARATO, 2017, p. 238), uma recomendação de tipo especial (ANTUNES, 2011, p. 5-7), aprovada em forma de resolução, que por sua vez, não apresenta força de lei (PIOVESAN, 2015, p. 222).

Mas, quando se afirma que a resolução que aprovou a Declaração Universal de Direitos Humanos não apresenta força de lei, evidentemente está-se referindo à forma como ela veio a lume. Vale dizer, não estamos diante de um tratado, um acordo internacional ou outro tipo de forma convencional de expressão do direito internacional dos direitos humanos.

Incontestável no mundo jurídico, porém, que, ao longo dos seus 60 anos de vigência, o documento em si ganhou e mantém força normativa, encontrando-se, entre os diversos juristas e intérpretes do direito internacional dos direitos humanos, aqui incluídos juízes, tribunais e cortes internacionais, dois fundamentos para essa máxima.

O primeiro deles vem da interpretação conjunta que se deve dar à Carta das Nações Unidas e à Declaração Universal.

De acordo com o magistério de Flávia Piovesan (2015, p. 222-223), o propósito da Declaração é “promover o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades

fundamentais”, em decorrência do disposto nos arts. 1º (3)¹⁵ e 55¹⁶ da Carta da ONU, diga-se de passagem, promulgada no Brasil por meio do Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945¹⁷. A Declaração Universal “tem sido concebida como a interpretação autorizada da expressão ‘direitos humanos’, constante da Carta das Nações Unidas, apresentando, por esse motivo, força jurídica vinculante.”

Os Estados membros das Nações Unidas figuram como sujeitos passivos dessa força vinculante, obrigando-se a respeitar os direitos preconizados pela Declaração.

O segundo fundamento está em que a Declaração Universal figura entre as fontes extraconvencionais do direito internacional dos direitos humanos, nas categorias igualmente relevantes de costume e princípios gerais de direito.

Já dissemos que as normas de direitos humanos se originam de tratados e convenções globais e regionais, mas também defluem dos costumes e dos princípios gerais de direito, que são fontes do direito internacional do mesmo quilate, conforme consta expressamente do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

A Declaração Universal de Direitos Humanos é o documento marcante dessa afirmativa, “reconhecida como espelho de norma costumeira de proteção de direitos humanos

¹⁵ Artigo 1. Os propósitos das Nações Unidas são: 1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz; 2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal; 3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

¹⁶ Artigo 55. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. Artigo 56. Para a realização dos propósitos enumerados no Artigo 55, todos os Membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente.

¹⁷ É correto que nosso sistema jurídico não tem a mesma previsão da Constituição portuguesa sobre a aplicabilidade de leis e direito internacional. A Carta lusitana é expressa na incorporação da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Mas nós também a incorporamos, pois é a Declaração Universal que nos fornece o conceito de direitos humanos, além do que nossa Constituição incorporou os ditames da Carta Universal, o que se depreende mesmo do art. 4º, II, c.c. o § 2º do art. 5º da Constituição de 1988: Artigo 8º. Direito internacional. 1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram diretamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respetivos tratados constitutivos. 4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.

e ainda elemento de interpretação do conceito de ‘direitos humanos’ insculpido na Carta da ONU”, conforme observa André de Carvalho Ramos, fazendo remissão à decisão da Corte Internacional de Justiça (ICJ Reports 1980, p. 42) no caso envolvendo o Pessoal Diplomático e Consular norte-americano em Teerã. Na oportunidade, assentou-se que o aprisionamento dos reféns americanos era “manifestly incompatible with the principles of the Charter of the United Nations, as well as with the fundamental principles enunciated in the Universal Declaration of Human Rights.” (2016a, p. 34).

Percebe-se do julgado, ademais, que as diretivas da Declaração Universal integram o rol de normas imperativas (*jus cogens*).

Três razões, segundo Flávia Piovesan (2015, p. 224), têm sido trazidas para justificar o enquadramento em questão: (i) um número significativo de Constituições dos Estados têm incorporado os direitos assegurados pela Declaração; (ii) as resoluções das Nações Unidas frequentemente referem-se à obrigação legal de os Estados observarem a Declaração Universal; e (iii) juízes, tribunais e cortes internacionais referem-se à Declaração Universal como fonte de direito. Corolário disso, a proibição de escravidão, do genocídio, da tortura, de qualquer tratamento cruel, desumano ou degradante “e de outros dispositivos da Declaração consensualmente aceitos assumem o valor de direito costumeiro internacional ou princípio geral do Direito Internacional”, concluindo a autora, que se aplicam “a todos os Estados e não apenas aos signatários da Declaração”.

Mais ainda, segundo a jurista, esse elenco de direitos “é meramente exemplificativo, uma vez que a dinâmica das relações internacionais é que apontará quais direitos passarão a ter o *status* de direito costumeiro internacional” (2015, p. 224). Antes, já alertara para o fato incontestável de que “o costume internacional tem eficácia *erga omnes*, aplicando-se a todos os Estados, diversamente dos tratados internacionais, que só se aplicam aos Estados que os tenham ratificado” (2015, p. 201).

De mesmo sentir, André de Carvalho Ramos (2016b, p. 114-115), ao observar ser “notório que as normas não convencionais servem para preencher os vazios normativos gerados pela ausência de adesão por parte de vários Estados aos tratados”.

É o que se verifica com o princípio da não discriminação, conforme deixou certo o juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, em 17 de setembro de 2003, no Parecer n. 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre a condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados:

El Estado no puede prevalecerse del hecho de no ser Parte en un determinado tratado de derechos humanos para evadirse de la obligación de respetar el principio fundamental de la igualdad y non-discriminación, por ser este un principio de derecho internacional general, y del *jus cogens*, que trasciende así el dominio del derecho de los tratados. (2017, p. 389).¹⁸

Fora de dúvida, ainda com base em decisões da Corte Internacional de Justiça, que os princípios de direito humanitário e os direitos à vida, integridade física, liberdade e igualdade obrigam a todos os Estados, tenham ou não aderido a tratados de direitos humanos (ICJ Report 1996, *apud* RAMOS, 2016a, p. 35).

André de Carvalho Ramos (2016b, p. 324-326) cita várias decisões, já do direito interno, oriundas do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo e incorporando as fontes não convencionais de normas internacionais de direitos humanos, no procedimento denominado pelo doutrinador de “fenômeno da impregnação” e que aqui tratamos como “integração das normas nacionais.”¹⁹

¹⁸ Tradução livre: O Estado não pode prevalecer-se do fato de não ser parte de um tratado de direitos humanos para furtar-se à obrigação de respeitar o princípio fundamental da igualdade e não discriminação, por ser um princípio de direito internacional geral, e de *jus cogens*, que transcende assim o domínio do direito dos tratados.

¹⁹ Depois de ressaltar que no Brasil não existem tantos estudos se dedicando às fontes extraconvencionais de direito internacional, porquanto, ao tratar do direito internacional, a Constituição privilegiou os tratados, o autor invoca o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça e relaciona os julgados nacionais, assim se expressando (2016b, p. 324-327, grifos do autor): Essa omissão não impediu, contudo, que o Supremo Tribunal Federal (entre outros Tribunais) aplicasse *diretamente* o costume internacional nos processos internos, como se fosse *law of the land*. Denomino essa aplicação direta de normas internacionais extraconvencionais de “fenômeno da impregnação”, pelo qual tais normas são aplicadas diretamente no ordenamento brasileiro, sem qualquer medição do Congresso Nacional (ausência de Decreto Legislativo), e sem qualquer promulgação por Decreto Executivo. Um dos casos paradigmáticos é o litígio entre a Síria e o Egito (logo após a dissolução da República Árabe Unida), referente à propriedade de imóvel no Rio de Janeiro, que, antes da transferência da Capital para Brasília, sediava a antiga embaixada comum. Para o Supremo Tribunal Federal, o costume internacional da *imunidade* absoluta de jurisdição deveria ser aplicado (*par in parem non habet imperium*), mesmo contrariando o preceito da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (artigo 12, parágrafo único) e ainda o disposto no artigo 89, inciso I, do Código de Processo Civil, que estabeleciam ser o juízo brasileiro o único competente para conhecer de ações reais sobre imóveis situados no Brasil. Um dos votos vencidos, o do Min. Néri da Silveira, curiosamente aponta a negativa de processamento do feito no Brasil uma ofensa ao artigo VIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, referente ao direito fundamental de acesso à justiça. Porém, o Min. Clóvis Ramallete sustentou que se tratava de uma impossibilidade jurídica (o juiz brasileiro dirimir questão nascida da dissolução e posterior sucessão de Estados) e não haveria denegação de justiça, uma vez que as partes – Egito e Síria – teriam ainda acesso aos meios internacionais de solução de controvérsias (meios judiciais, arbitrais etc.). A inaplicabilidade dos dispositivos legais mencionados acima foi discutida no STF, pois não se tratava de dirimir questão de propriedade e posse com base no direito interno, mas sim com base nas normas internacionais regentes da sucessão fruto da dissolução da República Árabe Unida. Já em 1989, houve caso no qual o STF decidiu pela supremacia do novo costume internacional da imunidade de *jurisdição* relativa e permitiu o trâmite de reclamação trabalhista contra a então existente República Democrática Alemã. Importa mencionar que a Constituição de 1988, no seu artigo 114, determinou que a Justiça do Trabalho é competente para conhecer causas inclusive contra “entes de direito público externo”. Mas, como argutamente observou o Min. Rezek em seu voto na Apelação Cível 9.696, esse dispositivo apenas assegura a competência em casos nos quais o Brasil possui jurisdição. Se o direito internacional negar jurisdição ao Brasil, o artigo 114 queda inócuo. Mas, no caso concreto, foi considerado o novo costume internacional da imunidade de jurisdição relativa, que possibilitava o processamento de ações trabalhistas contra Estados estrangeiros. No caso da proteção internacional de direitos humanos, há também vários exemplos de invocação de normas extraconvencionais de direitos humanos como se veem na ADIn 3.741, Rel. Min. Ricardo Lewandowski (Declaração Universal de

Já se perguntou, na seara doutrinária, se todos os direitos elencados na Declaração Universal, como em outras Declarações que a sucederam, possuem, indistintamente, força vinculante.

Exemplificativamente, quando se trata de incluir os direitos sociais nesse contexto, a reação é diferente daquela existente no ambiente do direito à vida, o que, de acordo com André de Carvalho Ramos, ampararia “as limitações do uso de fontes não convencionais para obrigar Estados a respeitar todos os direitos humanos, em especial os direitos sociais em um mundo ainda marcado pela fome e miséria de centenas de milhões de pessoas”, máxime porque, optando-se pelos tratados, teríamos como certos os mecanismos de verificação do cumprimento das obrigações pactuadas (2016a, p. 35).

Para nós, a resposta é afirmativa.

Sim, vinculam, por conta do princípio da indivisibilidade, pois todas as modalidades de direitos humanos devem receber a mesma proteção jurídica, sem o que não é possível dizer que foi respeitado o princípio da dignidade humana, valor supremo indispensável para o mínimo existencial, a igualdade e o desenvolvimento.

Enfim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos está no ápice dos instrumentos normativos não convencionais aptos a balizar a conduta dos Estados e mesmo dos particulares na busca de uma existência digna e igualitária em oportunidades. Ela tem proporcionado a incorporação de normas de direitos humanos em muitas Constituições

Direitos do Homem); HC 81.158-2, Rel. Min. Ellen Gracie (Declaração Universal dos Direitos da Criança – 1959); HC 82.424-RS, Relator para o Acórdão Min. Maurício Corrêa (Declaração Universal dos Direitos Humanos); RE 86.297, Rel. Min. Thompson Flores (menção à Declaração Universal dos Direitos do Homem); ADIn 3.510, Rel. Min. Carlos Britto (no voto do Min. Ricardo Lewandowski menção à Declaração Universal sobre Bioética). No HC 91.952, o Min. Carlos Britto invocou a Resolução de Prevenção ao Crime e Justiça Penal da ONU (resolução não vinculante da Assembleia Geral), para “conforto, no mínimo, intelectual de todos”. O Min. Peluso, em seu voto, salientou ter sido indicado Presidente de comissão da ONU para reforma da sua resolução sobre regras mínimas para tratamento de preso e ainda ter o artigo 5º, III, reproduzido o artigo V da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Na ADIn 1.969, o Min. Relator Lewandowski invocou, em apoio à sua tese, o artigo XX da Declaração Universal de Direitos Humanos, que trata da liberdade de manifestação. Chega-se ao ponto de existirem exemplos de invocação, como vinculantes, de diplomas internacionais da *soft law*, que, em tese, não vinculariam o Brasil. O Min. Ricardo Lewandowski na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-0 decidiu que a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, diploma não vinculante, deveria ser respeitada, uma vez que “o Brasil, pois, como membro da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura e signatário da Declaração elaborada sob seus auspícios, está obrigado a dar concreção a seus preceitos no âmbito dos três poderes que integram sua estrutura estatal, sob pena de negar consequência jurídica à manifestação de vontade, formal e solene, que exteriorizou no âmbito internacional”. André de Carvalho Ramos traz nota de rodapé para complementar o voto do Min. Ricardo Lewandowski, expondo: Continua o Ministro, salientando: “Em outras palavras, a produção legislativa, a atividade administrativa e a prestação jurisdicional no campo da genética e da biotecnologia em nosso País devem amoldar-se aos princípios e regras estabelecidas naquele texto jurídico internacional, sobretudo quanto ao respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos e garantias fundamentais, valores, de resto, acolhidos com prodigalidade pela Constituição de 1988”.

nacionais e fomentado o surgimento de vários outros diplomas de natureza e objetivo semelhantes, nos espectros global e regional, além dos diversos pactos e convenções.

5.4 Cotejo dos §§ 1º e 2º do art. 5º, com o art. 4º, da Constituição Federal, e o poder do Presidente da República de firmar ou não um tratado. A solução das situações de vulnerabilidade

Ficou evidenciado que em decorrência do art. 4º, II, em harmonia com a previsão dos §§ 1º e 2º do art. 5º, da Constituição Federal, cabe o controle de convencionalidade interna e externa. Inclui-se, aí, a atividade integrativa do direito nacional para proteção dos direitos humanos, fazendo incidir a norma que mais proteja os direitos humanos, preenchendo-se a lacuna naquelas situações de vulnerabilidade com as normas extraconvencionais do direito internacional dos direitos humanos, das quais a Declaração Universal dos Direitos Humanos é a expoente.

No particular caso do Brasil, essa atividade integrativa decorre da observância da Declaração Universal, mas também, não exhaustivamente, é claro, da aplicação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos).

Nas circunstâncias mencionadas, a discricionariedade do Presidente da República e do próprio Congresso Nacional no processo de ratificação de tratados de direitos humanos cede lugar à possibilidade de aplicação imediata das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no âmbito interno, à vista das regras positivadas na Constituição Federal, particularmente daquela encontrada no art. 4º, II, da Carta de 1988.

Para a hipótese de tratados de direitos humanos ratificados, porém denunciados, perfilhamos do posicionamento segundo o qual é vedado o retrocesso na proteção dos direitos humanos.

A partir da incorporação do tratado, ele passa a integrar as cláusulas pétreas. Para nós, o § 3º do art. 5º da Constituição Federal é inconstitucional, de modo que os tratados incorporados têm *status* constitucional, formal e material. Não há fundamento para distinção entre tratados de direitos humanos aprovados ou não pelo rito qualificado. Eles têm a mesma natureza e objeto de proteção. Não existem categorias diferentes de direitos humanos. A denúncia, portanto, encontra obstáculo no art. 60, § 4º, IV, da Constituição de 1988.

Com isso, a denúncia pode eventualmente gerar a responsabilização do Presidente da República pelo desrespeito à regra e os legitimados do art. 103 da Constituição Federal,

dentre eles o Procurador-Geral da República, estão autorizados ao ajuizamento de ações de controle abstrato, como Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Direta de Constitucionalidade e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, para questionarem a legislação interna incompatível com os tratados incorporados sob o rito do § 2º do art. 5º da Constituição Federal.

As mesmas conclusões se aplicam aos tratados de direitos humanos ratificados os quais o Brasil pretenda denunciar.

Nesse caso, ainda, o Estado não pode se manter inerte no cumprimento dos compromissos assumidos. Deve velar pela progressividade na concretização das obrigações pactuadas, eliminando, na medida do possível, mas numa solução de continuidade, as declarações restritivas ou cláusulas e procedimentos facultativos que inviabilizem a efetivação completa dos direitos humanos.

No tocante aos tratados ratificados, mas que não foram promulgados, restando ser baixado o Decreto Presidencial, entendemos que o decreto de promulgação não tem previsão legal, decorrendo de prática não mais admissível atualmente, porque implica no aquecimento do resguardo dos direitos humanos no país e na ofensa ao previsto nos §§ 1º e 2º do art. 5º, interpretado em harmonia com o art. 4º, II, da Constituição Federal. Portanto, nessas situações, os tratados devem ser considerados em pleno vigor.

Sobre os tratados assinados, mas não ratificados, sem perspectiva de que isso se concretize, quer por falta de encaminhamento ao Congresso, quer pelo silêncio do Legislativo em apreciar os documentos encaminhados, é preciso recordar que, dentre outros aspectos, o art. 18 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 7.030/2009, traz a obrigação de o país não lhes obstar o objeto e a finalidade antes da entrada em vigor:

Um Estado é obrigado a abster-se da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado, quando: a) tiver assinado ou trocado instrumentos constitutivos do tratado, sob reserva de ratificação, aceitação ou aprovação, enquanto não tiver manifestado sua intenção de não se tornar parte no tratado; ou b) tiver expressado seu consentimento em obrigar-se pelo tratado no período que precede a entrada em vigor do tratado e com a condição de esta não ser indevidamente retardada.

Na hipótese acima, bem assim quando o Presidente da República tenha manifestado expressamente o desinteresse na ratificação de tratados já assinados ou quando haja indiferença do país em face de tratados disponibilizados para adesão, o Estado fica

obrigado a assegurar também internamente o respeito aos direitos humanos, aplicando-se as normas extraconvencionais de direito internacional dos direitos humanos.

Desrespeitado em seus direitos, o particular pode buscar o amparo do Poder Judiciário local, com possível socorro à Corte Interamericana de Direitos Humanos, subsidiariamente.

Invocam-se, aqui, em apoio a essa assertiva, as obrigações *erga omnes*, as normas de *jus cogens*, as fontes do direito internacional dos direitos humanos, como os costumes e os princípios gerais de direito internacional de direitos humanos, a importância da ONU e dos sistemas regionais, além da influência da Declaração Universal dos Direitos do Homem e dos Pactos de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais.

6 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS

6.1 O Ministério Público: aspectos gerais

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Esses são os termos utilizados no art. 127 da Constituição Federal para se referir à instituição e delinear o papel desempenhado na sociedade, denotando, portanto, sua vocação para a defesa dos direitos humanos de que tratamos neste trabalho.

Na mesma oportunidade em que a Carta de 1988 trouxe uma ampla gama de direitos e garantias fundamentais, abarcando-os em suas diversas dimensões, outorgou ao Ministério Público a tarefa de conferir-lhes efetividade, vale dizer, concretizar esses direitos e garantias.

Portanto, o Ministério Público tem em mãos uma série de instrumentos processuais e extraprocessuais para adotar as providências necessárias condizentes com a promoção da cidadania e o resguardo da dignidade humana, dos direitos sociais e individuais indisponíveis, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça.

As garantias conferidas à instituição, como independência e autonomia administrativa, financeira e orçamentária, bem assim as garantias e prerrogativas outorgadas aos seus membros, como independência funcional, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios e vitaliciedade, não são privilégios. Muito ao contrário, destinam-se a conferir-lhes imparcialidade e isenção para atuar contra forças econômicas e até contra o próprio Estado, o que também é assegurado pelas vedações no tocante ao recebimento de honorários, percentagens ou custas processuais, exercício da advocacia, participação de sociedades comerciais, exercício de outra função pública, a não ser uma de magistério, exercício de atividade político-partidária e recebimento de auxílios ou contribuições (art. 128 da Constituição Federal).

Nas palavras de Motauri Ciocchetti de Souza (2007, p. 136), “como órgão de natureza permanente, integra o Ministério Público a essência perene do Estado, cumprindo-lhe inclusive exercer parcela da soberania a este inerente”.

Ainda do texto constitucional, em seu artigo 129, irradia o rol de funções da instituição para defesa dos interesses sociais, dentre as quais podemos destacar: a legitimidade exclusiva para promover a ação penal pública; a missão de zelar pelo efetivo respeito dos

Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia; a possibilidade, também privativa, de instaurar inquérito civil; a possibilidade de propor a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; a legitimidade para promover a ação de inconstitucionalidade; e a prerrogativa de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los.

Devido a essas funções conferidas pela Constituição e amplamente replicadas na legislação infraconstitucional, compete ao Ministério Público “o mister de ser autêntico *ombudsman*, canalizando as demandas sociais, captando-as e encaminhando-as, sob a forma de postulações, aos órgãos públicos que possuam atribuições ou competências para atendê-las” (SOUZA, 2007, p. 139).

Para melhor se desincumbir do seu mister, internamente o Ministério Público tem se estruturado por especialidades.

No âmbito federal, a Lei Complementar n. 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) criou a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão do Ministério Público Federal.

Sabe-se que a estruturação da Procuradoria dos Direitos do Cidadão se inspirou no Defensor do Povo (*Defensor del Pueblo*) espanhol e do *ombudsman* sueco (RAMOS, 2018, p. 574).

A organização do Ministério Público nos Estados é ditada pela Lei n. 8.625/1993, especialmente interessante o teor dos artigos 27 e 32 desse diploma legal.

De acordo com o artigo 80 da Lei n. 8.625/1993, aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei n. 75/1993.

A primeira delas estabelece caber ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhes o respeito pelos poderes estaduais ou municipais, pelos órgãos da Administração Pública Estadual ou Municipal, direta ou indireta, pelos concessionários e permissionários de serviço público estadual ou municipal, por entidades que exerçam outra função delegada do Estado ou do Município ou executem serviço de relevância pública.

No exercício dessas atribuições, cabe, entre outras providências, receber notícias de irregularidades, petições ou reclamações de qualquer natureza, promover as apurações cabíveis que lhes sejam próprias e dar-lhes as soluções adequadas, zelar pela celeridade e racionalização dos procedimentos administrativos, dar andamento, no prazo de 30 dias, às

notícias de irregularidades, petições ou reclamações, promover audiências públicas e emitir relatórios, anuais ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

Segundo o artigo 32 da Lei n. 8.625/1993, compete aos Promotores de Justiça, além de outras funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e demais leis, dentro de suas esferas de atribuições, impetrar *habeas corpus* e mandado de segurança e requerer correição parcial, inclusive perante os tribunais locais competentes, atender a qualquer do povo, tomando as providências cabíveis, e officiar perante a Justiça Eleitoral de primeira instância, conforme as atribuições do Ministério Público Eleitoral previstas na Lei Orgânica do Ministério Público da União pertinentes, além de outras estabelecidas na legislação eleitoral e partidária.

Tomando como exemplo o Ministério Público do Estado de São Paulo, para desempenho descentralizado das atribuições necessárias à defesa dos direitos humanos, podem ser instituídas Promotorias de Justiça especializadas ou Grupos de Atuação Especial integrados por Promotores de Justiça, conforme previsto no Ato Normativo conjunto da Procuradoria-Geral de Justiça e da Corregedoria-Geral do Ministério Público n. 675, de 28.12.2010.

Assim, citem-se as atividades (i) da Promotoria de Justiça Criminal, particularmente aquelas de controle externo da atividade de Polícia Judiciária Civil e Militar e do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado, (ii) do Promotor de Justiça Eleitoral, para resguardo dos direitos civis e políticos, e (iii) das Promotorias de Justiça de Defesa dos Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, como os da Infância e da Juventude, do Patrimônio Público e Social, do Consumidor, da Habitação e Urbanismo e do Meio Ambiente, que também atuam por intermédio de grupos ou redes regionalizadas, denominados Grupos de Atuação Especial de Defesa do Meio Ambiente e Redes de Atuação Protetiva do Meio Ambiente.

Dentre as Promotorias de Justiça de Defesa dos Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, merece especial destaque, na hipótese, as atribuições da Promotoria de Justiça de Direitos Humanos, criada para garantir o respeito dos Poderes Públicos e serviços de relevância pública aos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual e, notadamente, para a defesa dos interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos dos idosos, das pessoas com deficiência, da saúde e em qualquer violação ou risco iminente a

direitos fundamentais ou básicos sociais, por força de práticas discriminatórias que atinjam interesse público relevante.

Analisaremos, adiante, os principais instrumentos dos quais dispõe o Ministério Público para se desincumbir das tarefas que lhe foram conferidas: o incidente de deslocamento de competência da seara estadual para a federal nos casos de grave violação dos direitos humanos (art. 109, § 5º, da Constituição Federal), a ação civil pública, o inquérito civil e o termo de ajustamento de conduta.

6.2 Incidente de deslocamento de competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal nos casos de grave violação dos direitos humanos (art. 109, § 5º, da Constituição Federal)

De acordo com o § 5º do art. 109 da Constituição Federal:

Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

O incidente de deslocamento de competência é fruto da Emenda Constitucional n. 45/2004.

Percebe-se pela redação do texto constitucional, que se trata de procedimento cuja legitimidade ativa é exclusiva do Ministério Público Federal. Apenas o Procurador-Geral da República pode provocar o incidente, que se processa no Superior Tribunal de Justiça. Acolhido, competirá aos juízes federais o julgamento do caso (art. 109, V-A da Constituição Federal), com a ressalva de que na hipótese de crime doloso contra a vida, a competência será do Tribunal do Júri Federal. Na hipótese de foro por prerrogativa de função do réu, a competência será do Tribunal Regional Federal.

O deslocamento da competência pode ocorrer na fase dos inquéritos policial e civil, abrangendo casos civis ou criminais, bem como qualquer espécie de direitos humanos (abarcando todas as gerações de direitos), havendo de ser deferido quando (RAMOS, 2018, p. 532, com grifos do autor):

- i) ocorrer grave violação aos direitos;
- ii) estiver evidenciada uma conduta das autoridades estaduais reveladora de *falha proposital ou por negligência, imperícia, imprudência* na condução de

seus atos, que vulnerem o direito a ser protegido, ou ainda que revele *demora injustificada* na investigação ou prestação jurisdicional;
 iii) existir o risco de responsabilização internacional do Brasil, por descumprimento de nossas obrigações internacionais de direitos humanos.

Consta que a criação do incidente se deveu à obrigação de o Brasil providenciar recursos internos eficazes e de duração razoável para sedimentar o direito internacional dos direitos humanos, também contribuindo para materializar no instrumento processual a regra de que o país não pode justificar o descumprimento de obrigações assumidas em tratados de direito internacional invocando a legislação nacional.

Recorde-se que o Brasil assumiu esse último compromisso ao ratificar a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados²⁰, cujo art. 27 dispõe: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

Enfim, o incidente confere credibilidade e isenção à justiça nacional para lidar com os casos de grave violação dos direitos humanos, somando-se a dois outros remédios processuais, que são (a) a intervenção federal por violação dos direitos da pessoa humana (art. 34, VII, “b”, da Constituição Federal) e (b) a autorização da Lei n. 10.446/2002 para a Polícia Federal investigar crimes da competência estadual, conforme observa André de Carvalho Ramos (2018, p. 533).

6.3 Ação civil pública

O Ministério Público se apresenta como colegitimado à propositura dessa espécie de demanda judicial, porém sua qualidade é destacada, pois, ao contrário do que ocorre com as associações, por exemplo, deve orientar-se pelo princípio da obrigatoriedade. Isto significa que, identificada a hipótese de atuação, deve adotar todas as providências ao seu alcance para defender os interesses sociais que lhe compete.

A ação civil pública está disciplinada na Lei n. 7.347/1985, mas existem muitos outros diplomas legais que tratam da matéria e a ela se integram, formando o microssistema do processo coletivo. Dentre os principais, podemos mencionar o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) e a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015).

Qualquer interesse transindividual pode ser objeto de proteção por meio da ação civil pública, aí compreendidos, portanto, interesses difusos, coletivos ou individuais

²⁰ A Convenção foi promulgada no Brasil pelo Decreto n. 7.030/2009.

atrelados ao art. 127 da Constituição Federal, que delimita a atuação institucional à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Portanto, escapa do rol de atuação do Ministério Público a defesa de interesses disponíveis, de natureza privada, sem alcance, relevância ou impacto social, ainda que tratados coletivamente.

Observe-se que a Lei de Ação Civil Pública e a parte processual do Código de Defesa do Consumidor formam um conjunto disciplinador do rito processual e dos tipos de provimentos jurisdicionais cabíveis em matéria de processo coletivo, tornando viável não somente as tutelas de urgência e de evidência, mas também, no processo de conhecimento, pedidos declaratórios, constitutivos, mandamentais e condenatórios (de obrigação de fazer, não fazer ou indenizar). Só não se pode mesmo utilizar a ação civil pública para controle concentrado de constitucionalidade.

Constituem objetivos da ação civil pública a prevenção, a reparação e o ressarcimento de danos causados a interesses transindividuais, havendo de ser privilegiada a demanda de cunho preventivo, seguindo-se o pleito de reparação. Sendo impossível, opta-se pelo ressarcimento de danos. Mas é admitida, conforme o caso, a coexistência dos três pedidos numa única ação.

O juízo competente para o processamento da ação civil pública é o do local do dano, ocorrido ou que deveria ocorrer (competência territorial absoluta).

Qualquer pessoa, física ou jurídica de direito público ou privado, responsável pelo dano ou pela ameaça a um interesse transindividual, poderá figurar no polo passivo da ação.

Nas ações civis públicas, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, se for o caso, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais, o que se traduz em garantia de acesso ao Judiciário.

No mais, aplicam-se subsidiariamente as disposições do Código de Processo Civil no tocante ao rito processual da ação civil pública.

6.4 O inquérito civil

A idealização de instrumentos diferenciados para enfrentar coletiva, e não individualmente, problemas de relevância social, perpassa pela necessidade de viabilizar o “acesso à Justiça, seja pelo barateamento, seja pela quebra de barreiras socioculturais”,

conferindo-se maior peso “às ações destinadas à solução desses conflitos coletivos.” (SHIMURA, 2004, p. 189).

O inquérito civil e o termo de ajustamento de conduta, cujas características serão adiante exploradas, têm se revelado importantes instrumentos de tutela de interesses transindividuais. Muito utilizados, o primeiro deles, para subsidiar a atuação responsável do Ministério Público, que detém a exclusividade desse tipo de procedimento investigatório; o outro, para solução judicial e extrajudicial de conflitos, em harmonia com o desejo de tutela ideal e efetiva dos direitos.

6.4.1 Aspectos gerais e normatização do inquérito civil

O inquérito civil é procedimento investigatório, de instauração exclusiva do Ministério Público²¹. Nas palavras do Ministro Celso de Mello Filho, do Supremo Tribunal Federal, o inquérito civil é

procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligar provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O inquérito civil, em suma configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública²².

A utilização do inquérito civil tem ganhado importância, pois, a par de objetivar a obtenção de dados para subsidiar a atuação processual do Ministério Público, proporciona a solução extrajudicial de conflitos, atendendo à função resolutiva da instituição.

Como desdobramento do princípio de acesso à jurisdição consagrado no art. 3º do Código de Processo Civil, o Estado deverá promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. Além disso, a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos,

²¹ Os demais legitimados aos processos coletivos não estão habilitados à instauração do inquérito civil, contudo podem reunir provas para embasar a propositura de suas demandas judiciais por meio da obtenção de informações e certidões (art. 5º, XIV e XXXIV, “b”, da Constituição Federal) e da produção antecipada de provas, agora até mesmo admitida independente da demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, quando a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito ou quando o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação (art. 381 do Código de Processo Civil de 2015).

²² Manifestação enquanto assessor do Gabinete Civil da Presidência da República, lançada no processo relativo ao projeto que resultou na Lei n. 7.347/85 apud DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 253.

membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (art. 3º, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil).

O inquérito civil está previsto no § 1º do art. 8º da Lei n. 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública²³.

A consagração desse meio investigatório veio na Constituição Federal de 1988, que no art. 129, III, elenca como função institucional do Ministério Público, dentre outras, a de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Indaga-se sobre o cabimento de inquérito civil para proteção de interesses individuais indisponíveis.

A Constituição Federal de 1988, no art. 129, III, autoriza o Ministério Público a “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Uma das funções institucionais do Ministério Público é a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da Constituição Federal).

A harmonização do Código de Defesa do Consumidor com o Código de Processo Civil e com o sistema da ação civil pública, determinada pelo artigo 90 do primeiro desses sistemas legais²⁴, viabiliza, expressamente, a utilização do inquérito civil para tratar de interesses individuais indisponíveis.

Além disso, a Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), em seu art. 25, confere ao Ministério Público atribuição para promover o inquérito civil para proteger, prevenir e reparar os danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos.

Na mesma linha, a Lei Complementar n. 75/1993 (Lei do Ministério Público da União), em seu art. 5º, VII, elenca como função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública para proteger outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos.

²³ O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

²⁴ “Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”.

Como já destacado, o Conselho Nacional do Ministério Público, no exercício da faculdade de normatizar a matéria (art. 130-A, § 2º, I, da Constituição Federal), editou a Resolução CNMP n. 23/2007 para disciplinar o inquérito civil, prevendo, como não poderia deixar de fazer, a possibilidade de abarcar os interesses individuais indisponíveis.

Entretanto, é preciso destacar que recentemente o Conselho Nacional do Ministério Público baixou a Resolução n. 174, de 04 de julho de 2017, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e a tramitação da Notícia de Fato e do Procedimento Administrativo.

Nessa Resolução, o Conselho Nacional do Ministério Público explicita que o inquérito civil se destina, propriamente, à apuração de fatos e circunstâncias atinentes a interesses individuais homogêneos, enquanto os interesses individuais indisponíveis devem ser objeto de Procedimento Administrativo comum.

A Notícia de Fato é qualquer demanda dirigida aos órgãos da atividade-fim do Ministério Público, submetida à apreciação das Procuradorias e Promotorias de Justiça, conforme as atribuições das respectivas áreas de atuação. Pode ser formulada presencialmente ou não – entendendo-se como tal a realização de atendimentos e a entrada de notícias, documentos, requerimentos ou representações (art. 1º da Res. CNMP n. 174/2017).

O Procedimento Administrativo é o instrumento próprio da atividade-fim destinado a acompanhar o cumprimento das cláusulas de termo de ajustamento de conduta celebrado, acompanhar e fiscalizar, continuamente, políticas públicas ou instituições, *apurar fato que enseje a tutela de interesses individuais indisponíveis*, embasar outras atividades não sujeitas a inquérito civil (art. 8º da Res. CNMP n. 174/2017).

O Procedimento Administrativo não tem caráter de investigação cível ou criminal de determinada pessoa, em função de um ilícito específico, e será instaurado por portaria sucinta, com delimitação de seu objeto, aplicando-se, no que couber, o princípio da publicidade dos atos, previsto para o inquérito civil.

Consequentemente, se durante o procedimento administrativo surgirem fatos que demandem apuração criminal ou sejam voltados para a tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, o membro do Ministério Público deverá instaurar o procedimento de investigação pertinente ou encaminhar a notícia do fato e os elementos de informação a quem tiver atribuição (art. 10 da Res. CNMP n. 174/2017).

O Procedimento Administrativo deverá ser concluído em um ano, podendo ser sucessivamente prorrogado pelo mesmo período, desde que haja decisão fundamentada, à vista da imprescindibilidade da realização de outros atos, e arquivado no próprio órgão de

execução, com comunicação ao Conselho Superior do Ministério Público ou à Câmara de Coordenação e Revisão respectiva, sem necessidade de remessa dos autos para homologação do arquivamento.

Para o caso específico de Procedimento Administrativo que tenha por objeto interesses individuais indisponíveis não homogêneos, o arquivamento não precisa ser comunicado ao Conselho Superior ou à Câmara de Coordenação e Revisão, mas o noticiante deverá ser comunicado da decisão, porque poderá interpor recurso. Se não interpuser, os autos serão arquivados no órgão que a apreciou, com registro no sistema eletrônico interno (arts. 13 e 14 da Res. CNMP n. 174/2017).

Contudo, nada impede que o Promotor de Justiça se utilize do inquérito civil para tratar de interesses individuais que não os homogêneos, pois *in eo, quod plus sit, semper inest et minus*.

Internamente, a disciplina do inquérito civil é dada pela Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) n. 23/2007 e, em São Paulo particularmente, pelo Ato Normativo n. 484/2006.

De se observar que, atualmente, à vista do art. 130-A, § 2º, da Constituição Federal, o Conselho Nacional do Ministério Público tem poder normativo, “podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência”.

6.4.2 Objetivos e desdobramentos do inquérito civil

O objetivo primordial do procedimento investigatório em questão é o de determinar a materialidade e a autoria de fatos que ensejem o ajuizamento da ação civil pública. É possível promover diligências, requisitar documentos, informações, exames e perícias²⁵, expedir notificações, tomar depoimentos, proceder a vistorias e inspeções.

Contudo, ainda existem duas outras medidas e um desdobramento do inquérito civil que têm se mostrado de grande utilidade social. Referimo-nos às audiências públicas e recomendações, como também ao termo de ajustamento de conduta.

Discorreremos sobre o termo de ajustamento de conduta em tópico específico, dada a relevância do assunto e as peculiaridades de que se reveste, mas podemos antecipar que se trata de título executivo extrajudicial de ampla e frequente utilização no meio jurídico como alternativa para compor litígios, merecendo ser prestigiado.

²⁵ Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

Um dos fundamentos utilizados pelo Conselho Nacional do Ministério Público ao disciplinar a tomada de ajustamento de conduta por meio da Resolução CNMP n. 179, de 26 de julho de 2017, foi o de que se trata de

instrumento de redução da litigiosidade, visto que evita a judicialização por meio da autocomposição dos conflitos e controvérsias envolvendo os direitos de cuja defesa é incumbido o Ministério Público e, por consequência, contribui decisivamente para o acesso à Justiça em sua visão contemporânea.

Passemos, então, às audiências públicas, disciplinadas pela Resolução CNMP n. 82, de 29 de fevereiro de 2012.

Assim, é possível que o Ministério Público, nos limites de suas respectivas atribuições, promova audiências públicas para auxiliar nos procedimentos sob sua responsabilidade – o inquérito civil é um deles –, na identificação de demandas sociais que exijam a instauração de procedimento, para elaboração e execução de Planos de Ação e Projetos Estratégicos Institucionais ou para prestação de contas de atividades desenvolvidas (art. 1º, *caput*, da Res. CNMP n. 82/2012).

As audiências públicas serão realizadas na forma de reuniões organizadas, abertas a qualquer cidadão, representantes dos setores público, privado, da sociedade civil organizada e da comunidade, para discussão de situações das quais decorra ou possa decorrer lesão a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, e terão por finalidade coletar, junto à sociedade e ao poder público, elementos que embasem a decisão do órgão do Ministério Público quanto à matéria objeto da convocação ou para prestar contas de atividades desenvolvidas (§ 1º do art. 1º da Res. CNMP n. 82/2012).

Portanto, elas são um mecanismo pelo qual o cidadão e a sociedade organizada podem colaborar com o Ministério Público no exercício de suas finalidades institucionais ligadas ao zelo do interesse público e à defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos de modo geral, conforme justificado nos fundamentos que levaram o Conselho Nacional do Ministério Público a editar a Res. CNMP n. 82/2012.

As audiências públicas devem observar um rito específico e formal, principalmente no que tange à convocação, à qual deve ser proporcionada ampla e tempestiva publicidade.

Quanto às recomendações, têm amparo no art. 129, II, da Constituição Federal, que prevê a função de *ombudsman* do Ministério Público. São disciplinadas na Resolução n. 164, de 28 de março de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público.

A recomendação é instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público, expedida de ofício ou mediante provocação, sempre nos autos de inquérito civil, de procedimento administrativo ou procedimento preparatório, dirigida a qualquer pessoa, física ou jurídica, de direito público ou privado, por intermédio do qual expõe, em ato formal, razões fáticas e jurídicas sobre determinada questão, com o objetivo de persuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevância pública ou do respeito aos interesses, direitos e bens defendidos pela instituição, servindo, assim, como instrumento de prevenção de responsabilidades ou correção de condutas. Por depender do convencimento decorrente de sua fundamentação para ser atendida e, assim, alcançar sua plena eficácia, a recomendação não tem caráter coercitivo (art. 1º da Res. CNMP n. 164/2017).

A recomendação não poderá ser utilizada para substituir a ação civil pública. Bem por isso, deve ser requisitada, em prazo razoável, resposta por escrito sobre o atendimento ou não do que foi recomendado, adotando-se as medidas cabíveis à obtenção do resultado pretendido, caso isso não tenha se verificado (arts. 10 e 11 da Res. CNMP n. 164/2017).

Os fundamentos da recomendação estão na conveniência institucional de estimular a atuação resolutiva e proativa dos membros do Ministério Público para promoção da justiça, como também na utilidade do documento para a autocomposição dos conflitos e controvérsias envolvendo os direitos de cuja defesa é incumbido à instituição, contribuindo para reduzir a litigiosidade e ampliar o acesso à justiça, conforme pondera o CNMP nas razões de edição da Resolução.

O inquérito civil também pode ser arquivado, o que será analisado separadamente.

6.4.3 Formalidade do inquérito civil

Há certa divergência doutrinária sobre ter ou não o inquérito civil caráter formal.

Em um extremo, estão aqueles que defendem a formalidade absoluta, a ensejar o contraditório durante as investigações, sob pena de nulidade do procedimento investigatório e da ação civil pública que sobrevier a partir das apurações realizadas sem a observância do princípio em questão, como Daniel Amorim Assumpção Neves (2013, p. 443-444).

Há quem sustente que não trata de procedimento formal, “tendo em vista a sua natureza de instrumento administrativo de investigação” (SOUZA, 2017, p. 200). Não se trata de decidir interesses, aplicar penalidades ou de criação, modificação ou extinção de relações jurídicas (MAZZILLI, 2017, p. 126). No entanto, sua instauração, condução e encerramento

estão sujeitas a pressupostos materiais e formais, como, por exemplo, justa causa para deflagração, a fundamentação da instauração e do arquivamento, e a publicidade dos atos investigatórios, salvo restrições justificadas (LEONEL, 2017, p. 408-409).

Já para Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Júnior (2017, p. 254), trata-se de procedimento administrativo de caráter formal (formalidade progressiva), o que seria uma garantia do Estado Democrático Constitucional, sem, entretanto, previsão de nulidade automática decorrente da ausência de formalidade. Três são as razões apresentadas para tanto: “a) necessidade de *accountability* (prestação de contas e direito à informação); b) a dispensabilidade do inquérito; c) as garantias dos investigados, naquilo que não prejudicar a tutela dos direitos na fase investigativa”.

Particularmente, entendemos que a formalidade ponderada do inquérito civil, máxime quando da produção de prova que possa embasar a propositura da ação civil pública, confere credibilidade ao conteúdo das investigações e é uma tendência na atualidade, ante o avanço da processualização dos procedimentos.

Destacaríamos, assim, a importância da formalidade, porque o inquérito civil (a) subsidia a atuação processual do Ministério Público, (b) proporciona a solução extrajudicial de conflitos, atendendo à função resolutiva da instituição²⁶, (c) rende ensejo à aplicação do disposto no art. 472 do Código de Processo Civil, que autoriza o juiz a dispensar a prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos suficientes, e (d) enseja o termo de ajustamento de conduta, inclusive como convenção processual atípica, nos termos do art. 190 do Código de Processo Civil e dos artigos 15 a 17 da Resolução n. 118/2014 do CNMP.

Bem por isso, o inquérito civil está sujeito a princípios processuais.

Podemos mencionar os princípios da legalidade, eficiência, efetividade e boa-fé, da duração razoável do procedimento, concretizada, *e.g.*, a partir da fixação de prazos para apreciar a representação, processar e finalizar o inquérito civil, e aplicar o devido processo legal de que trata o art. 5º, LIV, da Constituição Federal²⁶. Este último, instrumento de efetivação dos direitos e garantias fundamentais, atento à razoabilidade e proporcionalidade que deve informar a formulação e aplicação das normas jurídicas, como também à edição dos atos do poder público em geral.

Outros princípios merecem algumas considerações.

Com relação à dignidade humana, há que se primar pela preocupação com as questões concretas afetas não só ao investigado, mas a todos aqueles que colaborem com as

²⁶ Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

investigações, como, à semelhança do ocorrido no processo civil (DIDIER JUNIOR, 2016, p. 78-79): direito da pessoa com deficiência auditiva de comunicar-se, em audiências, por meio da Língua Brasileira de Sinais (art. 162, III); consagração da atipicidade da negociação processual (art. 190); direito das pessoas com deficiência à acessibilidade aos meios eletrônicos de comunicação processual (art. 199); direito ao silêncio no processo civil (art. 388); proibição de pergunta vexatória à testemunha (art. 459, § 2º); impenhorabilidade de certos bens (art. 833), tramitação prioritária para crianças, adolescentes, pessoas idosas ou com doenças graves (art. 1.048), todos do Código de Processo Civil.

Outro princípio que merece destaque é o do contraditório, que defendemos ser de aplicação mitigada na hipótese, porque não estamos diante de processo, mas de procedimento administrativo.

Certo que existe doutrina, como a de Nelson Nery Junior (2017, p. 262), argumentando que em algumas situações vivenciadas durante as investigações, e a depender da natureza dos fatos averiguados, poder-se-ia falar em “acusados em geral” (art. 5º, LV, da Constituição Federal), de maneira que seria imperioso o acesso aos autos e a todos os passos na investigação.

Mas nos parece razoável o entendimento de Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior, para quem o contraditório no inquérito civil é reduzido, traduzindo-se no direito à informação e no direito de participação do investigado em determinados atos, incluída a participação de advogado, ressalvada a necessidade fundamentada de segredo (2017, p. 264).

A observância desses parâmetros resulta em prestígio da eficiência processual, facultando, por exemplo, em caso de ação civil pública, não repetir as provas antes produzidas administrativamente, por aplicação do art. 472 do Código de Processo Civil²⁷.

O Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução CNMP n. 161, de 21 de fevereiro de 2017, prestigiando o contraditório, introduziu o § 11 à Resolução CNMP n. 23, de 17 de fevereiro de 2017, que disciplina, no âmbito do Ministério Público, a instauração e a tramitação do inquérito civil. Diante disso,

o defensor constituído nos autos poderá assistir o investigado durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do seu depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração, apresentar razões e quesitos.

²⁷ O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes.

Relevante tecer alguns comentários sobre o princípio da publicidade.

A Resolução CNMP n. 23/2007, que disciplina o inquérito civil, trata amplamente da matéria, particularmente nos seus artigos 7º e 8º.

Aplica-se ao inquérito civil o princípio da publicidade dos atos, com exceção dos casos em que houver sigilo legal ou em que a publicidade possa acarretar prejuízo às investigações, hipóteses em que a decretação do sigilo legal deverá ser motivada.

A publicidade envolve a divulgação oficial, inclusive em meios cibernéticos ou eletrônicos, de atos do procedimento como portarias de instauração e extratos dos despachos de andamento, na expedição de certidão e na extração de cópias sobre os fatos investigados, mediante requerimento fundamentado e por deferimento do presidente do inquérito civil, na prestação de informações ao público em geral.

A restrição à publicidade exige decisão motivada e deve ser determinada para fins do interesse público. Conforme o caso, poderá se limitar a determinadas pessoas, provas, informações, dados, períodos ou fases, cessando quando extinta a causa que a motivou.

Ao defensor, mesmo sem procuração, é garantido o exame dos autos de investigações findas ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital. A procuração é exigida quando o inquérito civil esteja sob sigilo.

É possível delimitar, de modo fundamentado, o acesso do defensor à identificação do autor da representação que motivou a representação e aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.

Em cumprimento ao princípio da publicidade das investigações, o membro do Ministério Público poderá prestar informações, inclusive aos meios de comunicação social, a respeito das providências adotadas para apuração de fatos em tese ilícitos, abstendo-se, contudo, de externar ou antecipar juízos de valor a respeito de apurações ainda não concluídas.

A publicidade também se revela na sessão de julgamento de recurso contra a decisão que indefere a representação para instaurar inquérito civil, como também daquela que aprecia o arquivamento.

Foi criado o cadastro nacional de informações de ações coletivas, inquéritos e termos de ajustamento de conduta.

É certo, ainda, que a restrição à publicidade pode ocorrer para preservar a honra, a intimidade ou a segurança de interessados ou envolvidos na investigação.

6.4.4 Arquivamento e reabertura do inquérito civil

O arquivamento do inquérito civil é ato sujeito a controle dos Conselhos Superiores dos Ministérios Públicos Estaduais ou das Câmaras de Revisão, no caso do Ministério Público Federal.

Arquiva-se o inquérito civil, em peça fundamentada, quando forem esgotadas todas as possibilidades de diligências e não haja fundamento para a propositura de ação civil pública.

Os autos do inquérito civil deverão ser remetidos ao órgão de revisão competente, em 3 dias, cientificando-se os interessados.

A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do órgão de revisão competente. Até que a apreciação superior ocorra, os colegitimados poderão apresentar razões escritas ou documentos.

Se o órgão de revisão não homologar a promoção de arquivamento, converterá o julgamento em diligência para realizar atos imprescindíveis à sua decisão, especificando-os e remetendo-os ao órgão competente para designar o membro do Ministério Público que irá atuar. Alternativamente, converterá o julgamento em diligência para a realização de atos imprescindíveis à sua decisão, especificando-os e remetendo os autos ao membro do Ministério Público que determinou seu arquivamento. Se houver recusa fundamentada, será remetido ao órgão competente para designar o membro que atuará. Outrossim, poderá deliberar pelo prosseguimento do inquérito civil, indicando os fundamentos de fato e de direito de sua decisão, adotando as providências relativas à designação, em qualquer hipótese, de outro membro do Ministério Público para atuação.

De se notar que não oficiará nos autos do inquérito civil, do procedimento preparatório ou da ação civil pública o órgão responsável por promover o arquivamento não homologado pelo Conselho Superior do Ministério Público ou pela Câmara de Coordenação e Revisão.

É vedado o arquivamento implícito do inquérito civil, ocorrido, por exemplo, quando o encerramento ocorre sem dar encaminhamento a todos os atos ilícitos evidenciados no procedimento ou sem considerar a existência de vários responsáveis pelo ilícito, adotando providências parciais.

O desarquivamento do inquérito civil, diante de novas provas ou para investigar fato novo relevante, poderá ocorrer no prazo máximo de 6 meses após o arquivamento. Transcorrido esse lapso, será instaurado novo inquérito civil, sem prejuízo das provas já

colhidas. Para investigar fato novo, se não for caso de ajuizamento de ação civil pública, implicará novo arquivamento e remessa ao órgão competente, na forma da Resolução CNMP n. 23/2007 descrita linhas acima.

O disposto acerca de arquivamento de inquérito civil ou procedimento preparatório também se aplica à hipótese em que estiver sendo investigado mais de um fato lesivo e a ação civil pública proposta somente se relacionar a um ou a algum deles.

O inquérito civil está sujeito a trancamento via mandado de segurança quando se verificar, inequivocamente, ilegalidade, desvio de finalidade ou falta de atribuições do órgão do Ministério Público oficiante: instauração sem amparo em fatos, sem objeto determinado ou quando o fato nem em tese justificar a propositura de ação coletiva, conforme Ricardo de Barros Leonel (2017, p. 432).

E também está sujeito à reabertura, conforme prevê o art. 12 da Resolução CNMP n. 23/2007:

O desarquivamento do inquérito civil, diante de novas provas ou para investigar fato novo relevante, poderá ocorrer no prazo máximo de seis meses após o arquivamento. Transcorrido esse lapso, será instaurado novo inquérito civil, sem prejuízo das provas já colhidas.

6.5 Termo de ajustamento de conduta

6.5.1 Aspectos gerais

Em 1990, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a Lei n. 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, teve o art. 5º acrescido do § 6º, com a seguinte previsão: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

O Conselho Superior do Ministério Público disciplinou a tomada de ajustamento de conduta por meio da Resolução CNMP n. 179, de 26 de julho de 2017.

Como fundamentos para disciplinar a matéria, invocou a necessidade de garantir a efetividade dos compromissos de ajustamento de conduta; a acentuada utilidade do compromisso de ajustamento de conduta como instrumento de redução da litigiosidade, visto que evita a judicialização por meio da autocomposição dos conflitos e controvérsias envolvendo os direitos de cuja defesa é incumbido o Ministério Público e, por consequência, contribui decisivamente para o acesso à justiça em sua visão contemporânea; a conveniência institucional de estimular a atuação resolutiva e proativa dos membros do Ministério Público

para promover a justiça e a redução da litigiosidade; a necessidade de uniformizar a atuação do Ministério Público em relação ao compromisso de ajustamento de conduta como garantia da sociedade, sem prejuízo da preservação da independência funcional assegurada constitucionalmente a seus membros; e, por fim, o fato de que os direitos ou interesses coletivos, amplamente considerados, são direitos fundamentais da sociedade (Título II, Capítulo I, da Constituição da República), incumbindo ao Ministério Público a sua defesa, judicial ou extrajudicialmente, nos termos dos arts. 127, *caput*, e 129, da Constituição da República.

Conforme recorda Hugo Nigro Mazzilli (2017, p. 495-496), o objeto dos litígios coletivos versa a respeito de interesses transindividuais.

Assim, no que toca à possibilidade de transigir, em que pese o legitimado extraordinário possua disponibilidade sobre o conteúdo processual da demanda, não o tem em relação ao conteúdo material da lide. Por conveniência prática, então, passou-se a admitir a “mitigação da indisponibilidade”, para pagamento parcelado da dívida ou estipulação de prazos para o cumprimento da obrigação, por exemplo, desde que essa abertura não deixe de atender ao interesse público.

Mais adiante, o autor sublinha:

é o compromisso de ajustamento de conduta um ato administrativo negocial, por meio do qual só o causador do dano se compromete; o órgão público que o toma, a nada se compromete, exceto, implicitamente, a não propor ação de conhecimento para pedir aquilo que já está reconhecido no título (MAZZILLI, 2017, p. 510).

É negocial porque no termo são ajustadas a maneira de cumprir a obrigação, fixando-se prazos, penalidades e garantias, o que não implica dizer que houve disposição do direito material, ou seja, concretiza-se ajuste no sentido de adequação da conduta do agente às exigências da lei ou de estipulação do modo de cumprimento das obrigações.

E, de fato, para o CNMP,

O compromisso de ajustamento de conduta é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração (art. 1º da Res. CNMP 179/2017).

O Conselho ainda fixou:

Não sendo o titular dos direitos concretizados no compromisso de ajustamento de conduta, não pode o órgão do Ministério Público fazer concessões que impliquem renúncia aos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cingindo-se a negociação à interpretação do direito para o caso concreto, à especificação das obrigações adequadas e necessárias, em especial o modo, tempo e lugar de cumprimento, bem como à mitigação, à compensação e à indenização dos danos que não possam ser recuperados (§ 1º do art. 1º da Res. CNMP n. 179/2017).

Como se infere da previsão legal, estamos diante de título executivo extrajudicial, o que é reforçado pelo art. 784, XII, do Código de Processo Civil em vigor.

Poderá o órgão do Ministério Público tomar compromisso de ajustamento de conduta para adotar medidas provisórias ou definitivas, parciais ou totais. Compromissadas medidas provisórias ou parciais, o inquérito civil deve prosseguir para contemplar todas as situações que devem ser objeto de tutela, promovendo-se o arquivamento parcial do procedimento investigatório, ato que deve ser submetido à consideração do Conselho Superior ou das Câmaras de Revisão, conforme o caso (Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal, ou Ministério Público da União).

O termo de ajustamento de conduta é ato jurídico perfeito, sujeito, além disso, à vedação de retrocesso. A superveniência de lei nova que trate a matéria objeto do ajuste de forma diferente deve respeitar essas características.

Hugo Nigro Mazzilli (2017, p. 529) observa, ainda, que em certos casos de interesse social, a nova lei pode modificar relações jurídicas em curso. Nas matérias nas quais predomine o interesse do Estado e a ordem pública, ocorre a aplicação imediata da lei nova, como, por exemplo, para fazer cessar ou diminuir os níveis de poluição até então regularmente permitidos, invocando-se a inexistência do direito adquirido de poluir.

Como título executivo extrajudicial que é, o termo de ajustamento de conduta está vinculado a alguns requisitos de constituição e validade.

Estabelece o Código de Processo Civil, em seu art. 783: “A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível”.

Efetivamente, nos precisos termos do art. 3º da Resolução CNMP n. 179/2017,

O compromisso de ajustamento de conduta será tomado em qualquer fase da investigação, nos autos de inquérito civil ou procedimento correlato, ou no curso da ação judicial, devendo conter obrigações certas, líquidas e exigíveis, salvo peculiaridades do caso concreto, e ser assinado pelo órgão do Ministério Público e pelo compromissário.

Para que as obrigações pecuniárias assumidas no compromisso de ajustamento tenham liquidez, o título deve conter obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto.

Entende-se que não é possível liquidar o termo de ajustamento de conduta, pois isto estaria reservado aos títulos judiciais (art. 509 do Código de Processo Civil).

Correto afirmar, entretanto, que não é raro serem complexas as obrigações condizentes com a defesa de interesses transindividuais, dificultando sobremaneira prever a forma e os prazos de cumprimento, o que enseja certa flexibilidade para serem fixados no termo de ajustamento de conduta, sob pena de se prejudicar a concretização do direito defendido.

Estão legitimados a tomar o compromisso de ajustamento de conduta o Ministério Público e os demais entes públicos, excluídas as associações, fundações privadas e sindicatos, por falta de previsão legal.

Quanto às autarquias e fundações públicas, estão legitimados, porque se tratam de entes estatais dotados de autonomia que praticam atos condizentes com serviços de interesse predominantemente coletivo. Como exemplo, mencione-se a relevante atuação do Procon, que é fundação pública.

As empresas estatais e sociedades de economia mista poderão tomar ajustamento, a depender do tipo de atividade desenvolvida. Se explorarem atividade econômica condizente com a iniciativa privada (empresarial), não estão legitimadas. Por exemplo, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), ou a Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (Cetesb), que é sociedade de economia mista, mas se dedica ao licenciamento e à fiscalização ambiental, de modo que pode tomar compromisso de ajustamento de conduta.

Qualquer tipo de prestação condizente com o direito material tutelado pode ser objeto do termo de ajustamento de conduta: obrigações de fazer e não fazer, pecuniárias, medidas reparatórias e compensatórias, entrega de bens, custeio de despesas periciais e outras convenções processuais atípicas.

De se recordar, a esta altura, das convenções processuais atípicas.

De fato, estabelece o art. 190 do Código de Processo Civil:

Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Clássico exemplo da aplicação do dispositivo processual é a possibilidade de custeio de vistorias, perícia e exames no inquérito civil.

O Conselho Nacional do Ministério Público também disciplinou as convenções processuais por meio da Resolução CNMP n. 118/2014.

Este o teor dos arts. 15, 16 e 17 da Resolução:

Art. 15. As convenções processuais são recomendadas toda vez que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, bem assim para resguardar âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais.

Art. 16. Segundo a lei processual, poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais.

Art. 17. As convenções processuais devem ser celebradas de maneira dialogal e colaborativa, com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos por intermédio da harmonização entre os envolvidos, podendo ser documentadas como cláusulas de termo de ajustamento de conduta.

O termo de ajustamento de conduta faz presumir o esgotamento das investigações do inquérito civil, ainda que parcialmente, provocando o arquivamento do procedimento, que deve ser submetido à revisão do Conselho Superior do Ministério Público dos Estados ou das Câmaras de Revisão, na hipótese do Ministério Público Federal.

A eficácia do ajustamento, entretanto, não está condicionada à revisão. Não há previsão legal nesse sentido na legislação federal. Portanto, leis como a que vige em São Paulo (Lei Estadual n. 734/1993), que condicionem a eficácia do ajustamento à homologação do arquivamento do respectivo inquérito civil pelo Conselho Superior ou pela Câmara de Revisão, trazem excesso de cautela, ainda que justificada na possibilidade de rejeição do arquivamento que conduza a novas diligências ou à propositura obrigatória da ação civil pública por Promotor de Justiça designado, recomendando, eventualmente, aguardar a apreciação do órgão da Administração Superior.

Assim como o Conselho Superior ou as Câmaras de Revisão, o juiz pode recusar a homologação de termo de ajustamento de conduta endoprocessual que não atender aos interesses da coletividade. Aplica-se, por analogia, o § 1º do art. 9º da Lei n. 7.347/1985.

Nessa situação, a oposição do assistente simples à homologação judicial do ajustamento de conduta não obsta a decisão judicial (art. 122 do Código de Processo Civil). A oposição do assistente litisconsorcial e do litisconsorte, ou do Ministério Público, impede a homologação (art. 117 do Código de Processo Civil).

6.5.2 Termo de ajustamento de conduta estrutural

O alcance de níveis satisfatórios de desenvolvimento exige planejamento e a formulação de políticas públicas que viabilizem melhorias econômicas e sociais, sem descuidar da exploração sustentável de recursos naturais.

Para tanto, é comum a elaboração de políticas públicas governamentais abrangentes, em tese, suficientes para proporcionar o bem-estar almejado pela sociedade, mas que, na realidade são implementadas em ritmo lento, de forma parcial ou, por vezes, sequer concretizadas.

Considerando a falha dos entes estatais originariamente legitimados à concretização de políticas públicas (Poderes Legislativo e Executivo), é cada vez mais comum o socorro ao sistema judicial (Ministério Público, Defensoria Pública, Poder Judiciário) para efetivá-las, exigindo a utilização de instrumentos jurídicos especiais que permitam criar soluções particulares, condizentes com a complexidade das medidas necessárias ao cumprimento dos objetivos propostos, a flexibilização de regras processuais tradicionais e de administração, além da criatividade e da dedicação dos diversos atores envolvidos nesse cenário, dentre outras posturas proativas.

Essa mesma sistemática se aplica quando se trata de resolver litígios complexos e de concretizar direitos fundamentais.

A expressão utilizada neste tópico decorre do que atualmente se denomina no Brasil “decisão estrutural”, “aquela que busca implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos”, conforme leciona Fredie Didier Junior (2017, p. 408).

Defendemos a estipulação de medidas estruturais – ou estruturantes –, em termos de ajustamento de conduta que tenham por objetivo solucionar problemas complexos, implementar políticas públicas ou concretizar direitos fundamentais.

Diz-se estrutural porque, para cumprir as obrigações assumidas – ou, em havendo decisão judicial imposta – exigir-se-á a readequação da estrutura organizacional e operacional daquele que está comprometido.

Para Edilson Vitorelli (2018, p. 1.265),

litígio estrutural é um litígio irradiado no qual a violação surge em decorrência do funcionamento de uma estrutura burocrática, pública ou privada e, em virtude das características contextuais em que ocorre, sua solução exige a reestruturação do funcionamento da estrutura. Embora essa

reestruturação possa ser feita de diversos modos e, mais frequentemente, não dependerá da atuação do Poder Judiciário, ocorrendo pela atuação privada ou com a condução do Poder Executivo, se a alteração for buscada pela via do processo judicial, esse processo poderá ser caracterizado como processo estrutural²⁸.

O autor (2018, p. 1.265) ainda indica como necessário para vencer os desafios da concretização da medida estrutural: 1) a apreensão das características do litígio, em toda a sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos; 2) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da instituição, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar da maneira reputada indesejável; 3) a implantação desse plano, de modo compulsório ou negociado e, 4) a fiscalização dos resultados, de forma a garantir o benefício social pretendido no início do processo, que é a correção da violação e a obtenção de condições que impeçam sua reiteração futura.

Ainda discorrendo sobre a reestruturação, Edilson Vitorelli reforça:

Essa reestruturação se dará por intermédio da elaboração de um plano aprovado pelo juiz e sua posterior implementação, geralmente ao longo de um considerável período de tempo. Ela implicará, dentre outras providências, a reavaliação dos impactos diretos e indiretos do comportamento institucional, os recursos necessários e suas fontes e os efeitos colaterais da mudança sobre os demais atores sociais que interagem com a instituição (VITORELLI, 2018, p. 1.267).

Destacam-se, portanto, nessas medidas, a necessidade de solução negociada, de escuta de todos os envolvidos – incluída a sociedade civil, quiçá através de audiências públicas – o planejamento e a execução do projeto, a reserva de orçamento, podendo ser constituído um fundo específico e instituído um conselho gestor, fixação de cronograma, multas cominatórias, prestação de garantia, dentre outras providências cabíveis, seja a título de negócio jurídico extraprocessual atípico fundado no artigo 190 do Código de Processo Civil²⁹, seja com fulcro no artigo 191, que trata da calendarização do processo, ou nos artigos 139, IV, 536 e 537, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, todos conferindo amplos poderes ao juiz para fazer cumprir as decisões judiciais.

Fredie Didier Junior (2017, p. 482), invocando Eduardo José da Fonseca Costa, alude à execução negociada para a hipótese ora em análise:

²⁸ Convém lembrar que o autor adota uma classificação própria dos interesses transindividuais, de modo que a referência a litígio irradiado equivale aos interesses difusos.

²⁹ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

as várias limitações orçamentárias e os inflexíveis controles burocráticos internos e externos frequentemente impedem a Administração de desincumbir-se dos seus importantes misteres no tempo desejado pela população (ávida por melhorias), ou mesmo pelos gestores públicos (ávidos por reconhecimento eleitoral)³⁰.

Do mesmo autor, pela relevância dos dizeres, e da mesma forma apoiados em Eduardo José da Fonseca Costa:

O procedimento executivo seria construído pelas partes, a partir de um negócio jurídico processual atípico (art. 190, CPC). Nesse acordo, as partes poderiam definir um cronograma de cumprimento da decisão, com a definição de etapas e as respectivas punições pelo descumprimento (art. 191, CPC). Um calendário processual para a execução da sentença. Cada etapa, inclusive, pode ser objeto de regulação específica – embora todas elas se imbriquem, tendo em vista o propósito comum, formando uma unidade funcional complexa.

Esse *cronograma negociado de cumprimento voluntário* da decisão tanto pode ser visto como uma medida atípica permitida pelo § 1º do art. 536 do Código de Processo Civil, como pode resultar do comando do art. 191 do mesmo diploma, que cuida genericamente do calendário processual. Embora não haja propriamente execução, já que há cumprimento voluntário, a decisão é efetivada, fixando-se um calendário para tanto.

A mediação aparece como técnica adequada para a construção desse acordo. A realização de audiências públicas, a consulta a especialistas, a participação do Ministério Público e da Defensoria Pública, quando for o caso, revelam-se também medidas recomendáveis, talvez mesmo imprescindíveis. Como se vê, trata-se de solução que prestigia os princípios da boa-fé, da cooperação e da adequação.

Essa solução negociada das medidas estruturais é, de fato, cometida ao Ministério Público e está disciplinada em normas do Conselho Nacional do Ministério Público – Resolução CNMP n. 118, de 1º de dezembro de 2014 e Recomendação CNMP n. 54, de 28 de março de 2017 – prevendo rotina de atuação alinhada com a adoção de medidas estruturais.

A Resolução CNMP n. 118/2014 dispõe sobre a política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público.

Pretende-se, com a política nacional de incentivo à autocomposição, assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses envolvendo a atuação da instituição, incumbindo a ela implementar e adotar mecanismos como a negociação, a

³⁰ O autor faz referência à COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2012, n. 212, p.39.

mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, além de prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre estes mecanismos (art. 1º).

Na implementação da Política Nacional descrita, cujos objetivos são oferecer boa qualidade dos serviços, disseminar a cultura de pacificação, reduzir a litigiosidade, estimular a satisfação, a maior participação social e o uso de soluções consensuais, serão formados e treinados servidores; haverá o acompanhamento estatístico específico que considere o resultado da atuação institucional na resolução das controvérsias e conflitos para cuja resolução possam contribuir seus membros e servidores; está previsto, ainda, rever periodicamente e aperfeiçoar a Política Nacional e seus programas e valorizar o protagonismo institucional para obter resultados socialmente relevantes visando a justiça célere e efetiva (art. 2º).

Como fundamentação dessas premissas, o Conselho Nacional elencou a necessidade de consolidar, no âmbito do Ministério Público, uma política permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos de autocomposição. A ideia é destacar a importância da prevenção e da redução da litigiosidade e o fato de que as controvérsias e os conflitos envolvendo o poder público e os particulares, ou entre estes, notadamente aqueles de natureza coletiva, podem ser resolvidos de forma célere, justa, efetiva e implementável.

Para o Conselho Nacional, a negociação, a mediação, a conciliação, as convenções processuais e as práticas restaurativas são instrumentos efetivos de pacificação social, resolução e prevenção de litígios, controvérsias e problemas. A sua apropriada utilização em programas já implementados no Ministério Público tem reduzido a excessiva judicialização e levado os envolvidos à satisfação, à pacificação, à não reincidência e ao fortalecimento.

Na esteira da Resolução n. 118/2014 foi editada a Recomendação CNMP n. 54/2017, que dispõe sobre a política nacional de fomento à atuação resolutiva do Ministério Público brasileiro.

Aqui, o Conselho Nacional considerou que o êxito na promoção da justiça supõe a efetividade dos direitos de cuja proteção e defesa a instituição é incumbida.

Entendeu o órgão de controle que a atuação resolutiva de planejamento e de gestão sistêmicos contribui decisivamente para o desenvolvimento harmônico e sustentável, principalmente nas parcerias e nas redes de cooperação. O estágio atual do movimento do acesso à justiça e o paradigma jurídico do século XXI são incompatíveis com uma atuação institucional formal, burocrática, lenta e despreocupada com a entrega à sociedade de resultados concretos da atuação jurídica do Ministério Público. O planejamento nacional do

Ministério Público brasileiro estabelece a necessidade de retornos para a sociedade, orientados para a defesa dos direitos fundamentais, a transformação social, a indução de políticas públicas e a diminuição da criminalidade e da corrupção, todos objetivos que supõem a produção de resultados concretos que promovam efetividade dos direitos defendidos e protegidos pela instituição³¹.

Confiram-se, a propósito, os artigos 1º, 2º e 3º da norma, com destaques nossos:

Art. 1º Sem prejuízo da respectiva autonomia administrativa, cada ramo do Ministério Público adotará medidas normativas e administrativas destinadas a estimular a atuação resolutiva dos respectivos membros e a cultura institucional orientada para a entrega à sociedade de resultados socialmente relevantes observando, dentre outros, os parâmetros desta recomendação.

§ 1º Para os fins desta recomendação, entende-se por atuação resolutiva aquela por meio da qual o membro, no âmbito de suas atribuições, contribui decisivamente para prevenir ou solucionar, de modo efetivo, o conflito, problema ou a controvérsia envolvendo a concretização de direitos ou interesses para cuja defesa e proteção é legitimado o Ministério Público, bem como para prevenir, inibir ou reparar adequadamente a lesão ou ameaça a esses direitos ou interesses e efetivar as sanções aplicadas judicialmente em face dos correspondentes ilícitos, assegurando-lhes a máxima efetividade possível por meio do uso regular dos instrumentos jurídicos que lhe são disponibilizados para a resolução extrajudicial ou judicial dessas situações.

§ 2º *Sempre que possível e observadas as peculiaridades do caso concreto, será priorizada a resolução extrajudicial do conflito, controvérsia ou situação de lesão ou ameaça, especialmente quando essa via se mostrar capaz de viabilizar uma solução mais célere, econômica, implementável e capaz de satisfazer adequadamente as legítimas expectativas dos titulares dos direitos envolvidos, contribuindo para diminuir a litigiosidade.*

§ 3º Considera-se resolutiva a atuação pela via extrajudicial ou judicial quando a respectiva solução for efetivada, *não bastando para esse fim apenas o acordo celebrado ou o provimento judicial favorável*, ainda que transitado em julgado.

§ 4º *Sempre que possível, a atuação resolutiva de planejamento e de gestão sistêmicos deverá promover a convergência estrutural*, de modo a contribuir para o desenvolvimento harmônico e sustentável, principalmente nas parcerias e nas redes de cooperação.

Art. 2º De modo integrado com o disposto no artigo antecedente, cada ramo do Ministério Público adotará medidas normativas e administrativas destinadas a estimular a produção de resultados jurídicos úteis à atuação resolutiva de que trata esta recomendação. Parágrafo único. Para os fins desta recomendação, são resultados jurídicos os títulos executivos, judiciais e extrajudiciais, e *quaisquer outros produtos da atuação institucional capazes de contribuir de modo significativamente útil à efetividade de defesa e proteção dos direitos e à efetividade da prevenção e repressão de ilícitos de que o Ministério Público é incumbido.*

Art. 3º O estímulo à atuação resolutiva e à produção de resultados jurídicos que lhe sejam úteis se dará, dentre outros, por mecanismos de natureza normativa e administrativa que assegurem: I – visibilidade institucional para a atuação resolutiva e para a produção de resultados jurídicos que lhe sejam

³¹ Conforme se infere dos Considerandos apontados na Recomendação CNMP n. 54/2017.

úteis, com especial destaque aos socialmente relevantes; II – a definição e adoção de critérios aferidores de qualidade da atuação que considerem a respectiva resolatividade e a produção de resultados jurídicos a ela relacionados, assegurando-lhes a mesma valorização institucional que os aferidores de quantidade e necessariamente considerando-os nos concursos de promoção e em todas as outras situações funcionais em que o histórico funcional e os indicadores de quantidade forem observados; III – o alinhamento dos critérios aferidores de qualidade à atuação resolutiva, ao planejamento estratégico e/ou, quando possível, a indicadores sociais da área de atuação dos membros; IV – valorização da atuação institucional por meio de projetos relacionados às prioridades estratégicas do Ministério Público, notadamente os destinados à produção de resultados socialmente relevantes e, ainda mais, aos que alcancem resultados concretos positivos; V – formação continuada orientada para a atuação resolutiva; VI – *promoção da convergência estrutural por meio do aperfeiçoamento das normativas e dos instrumentos utilizados para alinhamento e integração institucional e com os setores público e privado, a sociedade civil organizada e a comunidade.*

Ao escrever sobre o tema, Sérgio Cruz Arenhart enfatiza a importância do que nomina “instrumentos processuais harmônicos com a intervenção em políticas públicas” – e, da mesma forma, para solucionar casos complexos e resguardar direitos fundamentais –, apontando a solução consensual em primeiro plano, trabalhada a partir do diálogo entre as partes. O autor é convicto de que “essa solução consensual, sem dúvida, contribui também para a obtenção de soluções que sejam tecnicamente factíveis, sem perder de vista as exigências do Direito”. Cita, para viabilizar o consenso e a solução almejada, a mediação e a conciliação, além da participação da comunidade, de técnicos e cientistas em audiências públicas ou na qualidade de *amicus curiae* (ARENHART, 2017, p. 487-491).

Enfim, cabe ainda falar em termos de ajustamento de conduta estruturais, aproveitando-se das balizas sobre as quais discorreremos para, concretamente, alcançar os benefícios sociais esperados.

6.5.3 O termo de ajustamento de conduta como garantia mínima

Neste importante tópico, é preciso consignar que o compromisso de ajustamento de conduta celebrado pelo Ministério Público extraprocessualmente não impede a propositura de ação coletiva por outro legitimado ou pelo próprio *parquet*, ainda que homologado em juízo.

É que o compromisso consubstancia *garantia mínima*, e não limite máximo de responsabilidade. Portanto, se não atendeu integralmente aos interesses tuteláveis por meio da ação civil pública, essa demanda pode ser ajuizada.

Enfim, qualquer colegitimado pode executar o ajuste. Os colegitimados podem pedir em juízo reparações mais amplas ou de natureza diversa e a possibilidade de adoção de providências que visem à adequada tutela dos interesses transindividuais em questão não ofende a segurança jurídica. Tome-se, por exemplo, eventual acordo que contemple medidas antipoluição que não solucionem totalmente o problema, evidenciando-se insuficientes.

Entendimento diverso esbarraria na garantia de acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

Na lição de Hugo Nigro Mazzilli (2017, p. 511),

O compromisso de ajustamento de conduta gera um título executivo em favor do grupo lesado, e não em favor do órgão público que o toma. Se necessário, poderá ser executado por qualquer colegitimado à ação civil pública ou coletiva, e, caso verse direitos individuais homogêneos, poderá constituir título em favor até mesmo de indivíduos lesados.

E prossegue, destacando (2017, p. 511):

Como o objeto do compromisso de ajustamento são interesses transindividuais dos quais o órgão público que o toma não é titular, e como este não pode transigir sobre direitos que não lhe pertencem, a natureza do compromisso de ajustamento é de garantia mínima em favor do grupo lesado (não poderia constituir limitação máxima a direitos de terceiros). Dessa maneira, nada impede que os indivíduos peçam em juízo reparações mais amplas, ou até mesmo de outra natureza, diversamente daquelas ajustadas entre o órgão público (tomador) e o causador do dano (compromitente). Da mesma forma, nada impede que os colegitimados à ação civil pública façam em juízo pedido mais amplo ou diverso da solução já obtida por meio do compromisso já firmado. Se proposta uma ação civil pública de objeto idêntico àquele já obtido no compromisso, será caso de carência por falta de interesse processual (já existe o título), mas se a ação tiver objeto mais amplo ou diverso daquele constante do título, não será caso de carência, embora possa o pedido ser julgado improcedente, se o juiz entender que a lide já foi bem composta no compromisso celebrado.

Por isso, a exigência de antecipada e a ampla publicidade da intenção de se firmar o ajustamento de conduta, inclusive com realização de audiência pública como instrumento de aperfeiçoamento das cláusulas do termo. Desta forma, fica assegurado que, além de contemplar adequadamente os interesses tutelados, não haverá prejuízos a terceiros que não figurem no documento, máxime quando se trate de direitos individuais homogêneos.

De passagem, anote-se que, mesmo homologado em juízo, o ajustamento não produz coisa julgada material, devendo ser rescindido por vício do ato jurídico, através de ação anulatória, não de ação rescisória, porque a sentença é meramente homologatória do ato

jurídico transacional. Não se trata de vício da decisão (art. 966, § 4º, do Código de Processo Civil).

De passagem, mencione-se que o ajustamento de conduta de natureza ambiental aproveita como prévia composição civil do dano para fins do art. 27 da Lei n. 9.605/1998, que a exige como pressuposto da transação penal nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo.

6.6 Considerações finais

É muito importante destacar quão útil tem se mostrado esses instrumentos de defesa de interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis, obrigando ao aperfeiçoamento contínuo desses meios de tutela coletiva, na acepção genérica do termo, contribuindo sobremaneira para concretizar o Estado Democrático de Direito,

destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.³²

³² BRASIL. Constituição Federal (1988). Preâmbulo.

7 CONCLUSÃO

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de acordo com o seu preâmbulo, foi proclamada em assembleia geral da Organização das Nações Unidas

como ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efetivos tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição.

Extraem-se desse texto elementos importantes que devem ser considerados em tema de direitos humanos, à vista do objetivo deste trabalho.

Um primeiro aspecto diz respeito à universalização dos direitos humanos, que vem sendo paulatinamente incrementada, ainda que em meio a avanços e retrocessos.

Nota-se, efetivamente, um quadro de importantes modificações, vivenciado principalmente no pós-guerra, período no qual assistimos à conversão dos direitos humanos “em tema de legítimo interesse da comunidade internacional, o que implicou os processos de universalização e internacionalização dos mesmos direitos” (PIOVESAN, 2015, p. 451).

Atualmente, na seara do direito internacional, há um aparato normativo que não mais regula exclusivamente as relações entre Estados, mas que também se direciona à proteção dos direitos das pessoas. É o direito internacional dos direitos humanos, de abrangência global e regional, que, integrado com o direito interno – leia-se direitos fundamentais –, volta as suas forças ao atendimento das necessidades básicas do indivíduo, da pessoa humana, enfim.

Referido arcabouço normativo se divide em dois conjuntos, um convencional, fundado nos tratados, e outro extraconvencional, composto, dentre outras fontes, pelos costumes, princípios gerais do direito e atos unilaterais, pelas resoluções e decisões das organizações internacionais e pela doutrina.

Para concretizar a proteção dos direitos humanos a partir do sistema normativo referido, contamos, externamente, com as organizações internacionais com atuação mundial ou regional. A expoente, na primeira hipótese, é a Organização das Nações Unidas, interessando-nos de perto, nas Américas, a Organização dos Estados Americanos.

Essa sistemática internacional de tutela dos direitos humanos, contudo, obrigatoriamente interage com o direito nacional.

No Brasil, isso vem consagrado em terreno constitucional, particularmente diante do previsto nos artigos 4º, II, e 5º, §§ 1º e 2º, da Carta de 1988, instituindo o primado da proteção dos direitos humanos na convivência do Estado brasileiro com a comunidade internacional, mas também no plano doméstico, cuja legislação, portanto, se abre para interagir com o sistema internacional – numa autêntica relativização da soberania – quando houver lacuna normativa interna ou quando o Estado falhar ou se omitir na implementação de direitos e garantias fundamentais, dever que toca a todas as esferas do governo, sob a guarda do Poder Judiciário e de instituições idealizadas para garantirem o Estado Democrático de Direito.

Um segundo aspecto a ser evidenciado é justamente o de que agora, além do Estado, os indivíduos surgem como sujeitos de direito internacional dos direitos humanos. Entretanto, ainda é necessário aperfeiçoar a capacidade de acionamento direto dos mecanismos internacionais de proteção, como a possibilidade de peticionamento e comunicação. Nas Américas, a Convenção só admite o acionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelos Estados Parte e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, excluindo a legitimidade direta dos indivíduos e de entidades não governamentais, o que tem sido objeto de críticas permanentes.

Outrossim, ainda alinhado com as diretrizes da Declaração Universal, agora na esfera da progressividade e do reconhecimento e aplicação efetiva (concretização) das normas de direitos humanos, internacionais ou fundamentais, não devemos fazer distinção entre os diversos tratados de direitos humanos aos quais o Brasil tenha aderido, o que nos leva a concluir pela inconstitucionalidade do § 3º do art. 5º da Constituição de 1988, de modo que esses diplomas convencionais incorporam-se material e formalmente à ordem constitucional interna, petrificando-se.

Essa conclusão decorre da interpretação do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, que bastaria para assegurar a incorporação dos tratados de direitos humanos ao sistema jurídico nacional.

A reforma constitucional que trouxe o § 3º do art. 5º para o texto da Carta de 1988 implicou em retrocesso na tutela dos direitos humanos no país.

Assim, independentemente do rito qualificado do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, ratificados, os tratados de direitos humanos são automaticamente incorporados, ganham *status* constitucional material e formal, e têm aplicação imediata.

No entanto, no eventual confronto entre a normatização interna com a internacional, prevalece aquela mais favorável à vítima, a quem estão focados todos os instrumentos de proteção.

Ao longo deste trabalho, buscamos desenvolver os fundamentos jurídicos para enfrentar algumas situações de vulnerabilidade em que não apenas o Estado brasileiro, mas os cidadãos restam desguarnecidos dos seus direitos.

Essas situações decorrem de (a) tratados de direitos humanos ratificados, porém denunciados; (b) tratados de direitos humanos ratificados os quais o Brasil pretenda denunciar, motivo pelo qual o Estado se mantém inerte no cumprimento dos compromissos assumidos; nessa situação podem ser mencionados ainda os tratados com declarações restritivas ou cláusulas e procedimentos facultativos que inviabilizem a efetivação completa dos direitos humanos; (c) tratados assinados, mas não ratificados, sem perspectiva de que isso se concretize, quer por falta de encaminhamento ao Congresso, quer pelo silêncio do Legislativo em apreciar os documentos encaminhados; (d) tratados ratificados, mas que não foram promulgados, restando ser baixado o decreto presidencial; (e) manifestação expressa, pelo Presidente da República, do não interesse na ratificação de tratados já assinados; (f) indiferença do país em face de tratados de direitos humanos disponibilizados para adesão.

Por força do art. 4º, II, em harmonia com os §§ 1º e 2º do art. 5º, da Constituição Federal, entra em cena o controle de convencionalidade interna e externa, aí incluída a atividade integrativa do direito nacional para proteção dos direitos humanos, fazendo incidir a norma que mais proteja os direitos humanos, preenchendo-se a lacuna decorrente das situações de vulnerabilidade com as normas extraconvencionais do direito internacional dos direitos humanos, das quais a Declaração Universal dos Direitos Humanos é a expoente.

No país, essa atividade integrativa decorre da observância da Declaração Universal, mas também, não exaustivamente, da aplicação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos).

Nas circunstâncias mencionadas, a discricionariedade do Presidente da República e do próprio Congresso Nacional no processo de ratificação de tratados de direitos humanos cede lugar à possibilidade de aplicação imediata das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no âmbito interno, à vista das regras positivadas na Constituição Federal, particularmente daquela encontrada no art. 4º, II, da Carta de 1988.

Para a hipótese de tratados de direitos humanos ratificados, porém denunciados, é vedado o retrocesso na proteção dos direitos humanos.

A partir da incorporação do tratado, ele passa a integrar as cláusulas pétreas.

Entendemos que o § 3º do art. 5º da Constituição Federal é inconstitucional, de modo que os tratados ratificados são automaticamente incorporados, têm *status* constitucional, formal e material, e se consolidam na ordem jurídica.

Não há fundamento para distinção entre tratados de direitos humanos aprovados ou não pelo rito qualificado. Eles têm a mesma natureza e objeto de proteção. Não existem categorias diferentes de direitos humanos. A denúncia, portanto, encontra obstáculo no disposto no art. 60, § 4º, IV, da Constituição de 1988.

Com isso, a denúncia pode eventualmente gerar a responsabilização do Presidente da República pelo desrespeito à regra. Os legitimados do art. 103 da Constituição Federal, dentre eles o Procurador-Geral da República, estão autorizados a ajuizar ações de controle abstrato, como Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Direta de Constitucionalidade e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, para questionarem a legislação interna incompatível com os tratados incorporados sob o rito do § 2º do art. 5º da Constituição Federal.

As mesmas conclusões se aplicam aos tratados de direitos humanos ratificados os quais o Brasil pretenda denunciar.

Nesse caso, o Estado não pode se manter inerte no cumprimento dos compromissos assumidos. Deve velar pela progressividade na implementação das obrigações pactuadas, eliminando, na medida do possível, mas numa solução de continuidade, as declarações restritivas ou cláusulas e procedimentos facultativos que inviabilizem a efetivação completa dos direitos humanos.

No tocante aos tratados ratificados, mas que não foram promulgados, restando ser baixado o Decreto Presidencial, concluímos que o decreto de promulgação não tem previsão legal. Ele decorre de prática não mais admissível atualmente porque implica no apequenamento no resguardo dos direitos humanos no país e na ofensa ao previsto nos §§ 1º e 2º do art. 5º, interpretado em harmonia com o art. 4º, II, da Constituição Federal. Portanto, nessas situações, os tratados devem ser considerados em pleno vigor.

Sobre os tratados assinados, mas não ratificados, sem perspectiva de isso se concretizar, quer por falta de encaminhamento ao Congresso, quer pelo silêncio do Legislativo em apreciar os documentos encaminhados, é preciso recordar que, dentre outros aspectos, o art. 18 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 7.030/2009, traz a obrigação de o país não lhes obstar o objeto e a finalidade antes da entrada em vigor.

Nessa hipótese, quando o Presidente da República tiver manifestado expressamente o desinteresse na ratificação de tratados já assinados ou quando houver indiferença do país em face de tratados disponibilizados para adesão, o Estado fica obrigado a assegurar também internamente o respeito aos direitos humanos, aplicando-se as normas extraconvencionais de direito internacional dos direitos humanos.

Desrespeitado em seus direitos, o particular pode buscar o amparo do Poder Judiciário local, com possível socorro subsidiário à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Invocam-se, aqui, em apoio a essa assertiva, as obrigações *erga omnes*, as normas de *jus cogens*, as fontes do direito internacional dos direitos humanos, como os costumes e os princípios gerais de direito internacional de direitos humanos, a importância da ONU e dos sistemas regionais, além da influência da Declaração Universal dos Direitos do Homem e dos Pactos de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais.

Instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública, além das organizações da sociedade civil, desempenham papel fundamental na efetiva proteção dos direitos humanos no país.

O Ministério Público particularmente, para tanto, foi dotado, na Constituição de 1988, de garantias, prerrogativas e instrumentos hábeis à defesa dos direitos fundamentais, o que se traduz em autêntica garantia social, com o que está vinculado ao princípio da obrigatoriedade, inerente à cláusula do devido processo legal, impondo-lhe o dever imediato de agir para assegurar o respeito a esses mesmos direitos.

Com isso, espera-se alcançar níveis ideais de respeito à dignidade humana, atender aos objetivos fundamentais da República e do Estado Democrático de Direito, de uma sociedade livre, justa e solidária, não afetada pela pobreza, pela marginalização, pela desigualdade aviltante e por todas as espécies de preconceitos e formas discriminatórias.

REFERÊNCIAS

- ACIOLI, Hildebrando. A ratificação e a promulgação dos tratados em face da Constituição. *In: Revista Forense*, nov. 1949. Rio de Janeiro: Forense, 1949.
- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- AGÊNCIA BRASIL-EBC. **Bolsonaro confirma revogação da adesão ao Pacto Global para migração**. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-01/bolsonaro-confirma-revogacao-da-adesao-ao-pacto-global-para-migracao>. Acesso em: 10 mar. 2019.
- ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. **Revista de Direito da Cidade**, v. 10, n. 1, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/issue/view/1631>. Acesso em: 06 mar. 2019.
- ALVES, J. A. Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva. Brasília, DF: Fundação Alexandre de Gusmão, 1994.
- ALVES, J. A. Lindgren. **É preciso salvar os direitos humanos**. São Paulo: Perspectiva, 2018.
- ALVES, J. A. Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2015.
- ALVES, J. A. Lindgren. **Os direitos humanos na pós-modernidade**. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- ANTUNES, Eduardo Muylaert. Natureza jurídica da declaração universal dos direitos humanos. *In: Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 6, p. 607-624, ago. 2011. São Paulo: RT, 2011.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Verbatim, 2018.
- ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. v. 2. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, justiça e direitos humanos:** estudos de teoria crítica e filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2018.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). **O Brasil e os novos desafios do direito internacional.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A civilização capitalista:** para compreender o mundo em que vivemos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção aos direitos humanos e a organização federal de competências. *In: A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro.* 2. ed. San José: C. R., 1996.

CORTEIDH. **Voto em separado do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade no caso Ximenes Lopes versus Brasil, na sentença proferida em 04.07.2006, em decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 12. jun. 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania.** São Paulo: Moderna, 1998.

DALLARI, Pedro. **Constituição e relações exteriores.** São Paulo: Saraiva, 1994.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). **Processo coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. Definição e características dos direitos fundamentais. *In*: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

ESTADÃO. **Brasil tem mais de 300 acordos sem ratificação**. 22 abr. 2014. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-tem-mais-de-300-acordos-sem-ratificacao,1156977>. Acesso em: 10 mar. 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1983.

GARCIA, Emerson. **Proteção internacional dos direitos humanos**. Breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: SRS, 2017.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos: curso elementar**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi (org.). **Direitos humanos na ordem contemporânea: proteção nacional, regional e global**. v. 3. Curitiba: Juruá, 2010.

IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi (org.). **Direitos humanos na ordem contemporânea: proteção nacional, regional e global**. v. 4. Curitiba: Juruá, 2010.

KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto. **Direito internacional e Estado soberano**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Direitos humanos – 2º Curso – Aula 01 – Carolina Alves de Souza Lima – 21/08/2017**. Youtube, Curso Popular de Formação de Defensoras e Defensores Públicos, publicado em 24/08/2017. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=qC3O3xe2H6M&list=PLUP6l_7E2LLF6_odHQP2wyZeAtssWTISn&index=3&t=0s. Acesso em: 17 jun. 2019.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Direitos humanos – 2º Curso – Aula 02 – Carolina Alves de Souza Lima – 21/08/2017**. Youtube, Curso Popular de Formação de Defensoras e Defensores Públicos, publicado em 24/08/2017. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=qC3O3xe2H6M&list=PLUP6l_7E2LLF6_odHQP2wyZeAtssWTISn&index=3&t=0s. Acesso em: 17 jun. 2019.

MAGALHÃES Jr., Alexandre Alberto de Azevedo. **Manual de direitos difusos**. Salvador: Juspodivm, 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público: comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: RT, 2009.

MARTINS Jr., Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 39, n. 156, out.-dez., 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Método, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acesso em: 18 mar. 2019.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Acordo de Paris**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/acordo-de-paris>. Acesso em: 10 mar. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 48. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 17. ed. São Paulo: RT, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13. ed. São Paulo: RT, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa**. 6. ed. São Paulo: Método, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo**. São Paulo: GEN/Método, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015**. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

ONU NEWS. **Saiba tudo sobre o Pacto Global para Migração**. 08 dez. 2018. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2018/12/1650601>. Acesso em: 10 mar. 2019.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio *et al.* **Derecho positivo de los derechos humanos**. Madrid: Debate, 1987.

PÉREZ LUÑO, Antônio. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune* latino-americano em direitos humanos e o sistema interamericano: perspectivas e desafios. In: **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 2017.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **Coisa julgada nas ações coletivas**. Disponível em: www.pucsp/tutelacoletivaqdownload/artigo_patricia.pdf. Acesso em: 13 out. 2018.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**. Portugal: Coimbra, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016 (a).

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo Saraiva, 2016 (b).

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. **Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 29, out.-dez. 1999.

SALLES, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: RT, 2003.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Controle de convencionalidade dos tratados internacionais**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-control-e-convencionalidade-tratados-internacionais>. Acesso em: 18 mar. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SHIMURA, Sérgio. **Título executivo**. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIMÃO NETO, Calil. **Improbidade administrativa: teoria e prática**. Leme: J. H. Mizuno, 2014.

SANTOS, Carlos Frederico. Tratados internacionais de direitos humanos: uma reflexão sobre a inconstitucionalidade do § 3º do art. 5º da CF. *In: Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 12, n. 41, p. 13-43, jul.-dez. 2013.

SOUZA, Motauri Ciochetti de. **Interesses difusos em espécie**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUZA, Motaury Ciochetti de. **Ministério Público e o princípio da obrigatoriedade: ação civil pública, ação penal pública.** São Paulo: Método, 2007.

SOUZA, Motaury Ciochetti de. **Ação civil pública e inquérito civil.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 1991.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direitos humanos: personalidade e capacidade jurídica internacional do indivíduo. *In:* BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). **O Brasil e os novos desafios do direito internacional.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os tribunais internacionais e a realização da justiça.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017 (a).

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Princípios do direito internacional contemporâneo.** 2. ed. Brasília: FUNAG, 2017 (b).

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

VITORELLI, Adilson (org.). **Manual de direitos difusos.** Salvador: Juspodivm, 2018.

VILLA, Marco Antônio. **A história das constituições brasileiras.** São Paulo: Leya, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo.** 7. ed. São Paulo: RT, 2017.

Referências normativas

(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2002 – Informação e documentação – Referências – Elaboração