

**A OBRIGAÇÃO DE RESGUARDO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL E
O PODER POTESTATIVO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA DE FIRMAR
TRATADOS INTERNACIONAIS: ANTINONÍMIA NO SISTEMA
CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.**

*THE OBLIGATION TO RESPECT HUMAN RIGHTS IN BRAZIL AND THE
POTESTATIVE POWER OF THE PRESIDENT OF THE REPUBLIC OF FIRING
INTERNATIONAL TREATIES: ANTHINONYMIA IN THE BRASILIAN
CONSTITUTIONAL SYSTEM.*

Marcos Roberto Funari¹

Motauro Ciocchetti de Souza²

RESUMO: A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República e esteio do Estado Democrático de Direito. Decorre desse axioma a previsão do art. 4º, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual o Brasil está obrigado a primar pelo resguardo dos Direitos Humanos nas suas relações internacionais, hauridos os princípios protetivos advindos de tratados e convenções ao patamar dos direitos fundamentais, desde que firmados pelo Brasil (art. 5º, § 2º, da Constituição Federal). A envergadura de tais direitos – que devem ser vivificados para a consagração do vetor da dignidade da pessoa humana e que se encontram legitimados pela observância do devido processo legal internacional em sua construção – parece soar contraditória com o poder discricionário do Presidente da República de celebrar tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, VIII, da Constituição Federal), sujeitos a referendo do Congresso Nacional (art. 49, I, da Constituição Federal). O presente texto intenciona, justamente, analisar a compatibilidade entre tais princípios, ambos advindos do constituinte originário, no sentido de afirmar a existência de vinculação do Chefe do Executivo quanto à assecuração da plena efetividade dos Direitos Humanos no Brasil.

Palavras-chave: Convenções e tratados de direitos humanos; Internalização; Princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito; Vinculação do Presidente da República.

ABSTRACT: The dignity of the human person is one of the foundations of the Republic and the mainstay of the democratic rule of law. It follows from this axiom the provision of art. 4, item II, of the Federal Constitution, according to which Brazil is obliged to strive for

¹ Mestre em Direitos Humanos pela PUC/SP. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. marcos.funari@gmail.com

² Professor Assistente-doutor nos cursos de graduação, mestrado e doutorado da PUC/SP. motauri@uol.com.br

the safeguarding of human rights in its international relations, having safeguarded the protective principles arising from treaties and conventions to the level of fundamental rights, provided that they are signed by Brazil (art. 5, § 2, of the Federal Constitution). The scope of such rights - which must be lived up to the consecration of the dignity vector of the human person and which are legitimized by the observance of the due international legal process in its construction - seems to be contradictory with the private and discretionary power of the President of the Republic to enter into international treaties, conventions and acts (art. 84, VIII, of the Federal Constitution), subject to referendum by the National Congress (art. 49, I, of the Federal Constitution). The present text intends, precisely, to analyze the compatibility between such principles, both coming from the original constituent, in the sense of affirming the existence of a link between the Chief Executive regarding the assurance of the full effectiveness of Human Rights in Brazil.

Key-words: Human rights conventions and treaties. Internalization. Principles of human dignity and Democratic Rule of Law. Binding of the President of the Republic.

Sumário: 1. Introdução; 2. Discorrendo sobre direitos humanos. Conceito. Direitos humanos e direitos fundamentais. Organismos internacionais de proteção dos direitos humanos; 3. O direito internacional dos direitos humanos e suas fontes. O sistema brasileiro de incorporação dos tratados de direitos humanos; 4. Efetividade interna das normas internacionais de direitos humanos à luz do art. 4º da Constituição Federal; 5. Interpretação dos artigos 49, I, e 84, VIII, da Constituição Federal, frente ao disposto no artigo 4º, II, da Carta de 1988. Cotejo entre os §§ 1º e 2º do artigo 5º e o artigo 4º da Constituição Federal e o poder do Presidente da República de firmar ou não um tratado, viabilizá-lo e concretizá-lo; 6. Considerações finais; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO.

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República e esteio do Estado Democrático de Direito. Não por outro motivo, o país está obrigado a primar pelo resguardo dos Direitos Humanos nas suas relações internacionais, hauridos os princípios protetivos advindos de tratados e convenções ao patamar dos direitos fundamentais, desde que firmados pelo Brasil (arts. art. 4º, II, e 5º, § 2º, da Constituição Federal). A relevância desses direitos parece soar contraditória com o poder privativo e discricionário do Presidente da República de celebrar tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, VIII, da Constituição Federal), sujeitos a referendo do Congresso Nacional (art. 49, I, da Constituição Federal).

Neste trabalho, analisaremos a compatibilidade entre tais princípios, discutindo se seria possível concluir pela vinculação dos poderes do Presidente da República ao primado

da universalização progressiva das normas de direito internacional dos direitos humanos, afastando critérios de conveniência e oportunidade quando se trate de incorporá-las ao arcabouço jurídico nacional.

Para tanto, num primeiro tópico, discorreremos sobre direitos humanos e direitos fundamentais, conceituando-os. Depois, trataremos do direito internacional dos direitos humanos, suas fontes, voltando a atenção aos tratados de direito internacional de direitos humanos e ao sistema brasileiro de incorporação ao arcabouço jurídico nacional. O item seguinte se dedica à efetividade interna das normas internacionais à vista do disposto no art. 4º, II, da Constituição Federal. Para concluir, promoveremos a interpretação dos artigos 49, I, e 84, VIII, da Constituição Federal, frente ao disposto no artigo 4, II, da Carta de 1988, procedendo ao 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, viabilizá-lo e concretizá-lo.

2. DISCORRENDO SOBRE DIREITOS HUMANOS. CONCEITO. DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS. ORGANISMOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

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.

A igualdade, no fato objetivo 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, 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” (SARLET, 2001, p. 60).

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. Trata-se do

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 LUNÓ, 1995, p. 48).

Recorde-se que os direitos humanos se distinguem dos direitos fundamentais.

Objetivamente, fundamentais são os direitos positivados, explícita ou implicitamente, 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 e devem complementar-se. 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 observa que

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 (RAMOS, 2018, p. 263).

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

A referência aos tratados internacionais encontrada nesse importante dispositivo constitucional conduz à necessária abordagem sobre 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, sobressaindo 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.

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).

Sidney Guerra lembra 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 diversos tratados e convenções engendrados na senda da Organização das Nações Unidas, tais como os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

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 destinado à 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.

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.

3. O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E SUAS FONTES. O SISTEMA BRASILEIRO DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS DE 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.

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 subjugarão 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, é o de que o direito internacional passou a servir não só aos interesses dos Estados enquanto entes jurídicos – uma relação interestatal, principalmente com intuito econômico-financeiro –, mas também e principalmente às pessoas como sujeitos de direitos.

Nessa seara, sobreleva considerar que

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 (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”, ou seja,

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.

Assistimos, na esfera 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 com 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 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.

Quanto às fontes do direito internacional dos direitos humanos, de acordo com o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça³, podemos afirmar que as normas internacionais têm forma convencional (onde se enquadram os tratados de direito internacional) e extraconvencional. Nesta última categoria, encontram-se os costumes, os princípios gerais do direito, os atos unilaterais e as decisões das organizações internacionais.

Interessam-nos particularmente, aqui, os tratados de direitos humanos e o sistema brasileiro para a respectiva incorporação ao arcabouço jurídico nacional.

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

³ 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.

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, a incorporação ao direito interno as disposições da Declaração Universal de Direitos Humanos. Na Nicarágua, conforme afirma Piovesan (2015, p. 152-153), a Constituição vai além, abarcando os direitos previstos não só na Declaração Universal, mas 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 tratados⁴, o que se concretiza através de um conjunto de atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, conjugados.

Rezam os §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal que “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” e que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

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, deve ser editado 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). Para a Corte,

O decreto presidencial que sucede à aprovação congressional do ato internacional e

⁴ 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.

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 são pertinentes: a) a promulgação do tratado internacional; b) a publicação oficial de seu texto; e c) a executoriedade 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, com apoio na doutrina de Flávia Piovesan (2015, p. 161-162), que o decreto de execução é desnecessário.

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).

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

Linhas acima, 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, 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal, passam

automaticamente a integrar o ordenamento jurídico nacional, com hierarquia constitucional.

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, o que pode ensejar a não ratificação ou a 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, para quem

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 (ALMEIDA, 2018, p. 386).

De fato, preocupa o hiato por vezes existente – e consta não serem poucas as situações em que isso ocorre⁵ – 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, indispensável – dos direitos humanos.

⁵ 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.

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.

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).

Nessas circunstâncias, não apenas o Estado brasileiro, mas também seus cidadãos, restam desguarnecidos dos seus direitos, criando situações de vulnerabilidade, decorrentes de tratados de direitos humanos ratificados, porém denunciados; 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; 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; tratados ratificados, mas que não foram promulgados, restando ser baixado o Decreto Presidencial; manifestação expressa, pelo Presidente da República, do não interesse na ratificação de tratados já assinados; e indiferença do país em face de tratados de direitos humanos disponibilizados para adesão.

Tudo nos leva a questionar, portanto, quais são os limites do poder atribuído ao Presidente da República e ao próprio Congresso Nacional nessa seara, respectivamente, pelos artigos 49, I, e 84, VII, da Constituição Federal, à vista dos princípios de direitos humanos positivados na Carta de República, particularmente daquele encontrado no art. 4º, II – vale dizer, a República rege-se nas suas relações internas e internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.

De se indagar se estamos diante de poder discricionário ou de ato vinculado, mesmo para afirmar a compatibilidade entre as normas constitucionais citadas.

A ofensa aos direitos humanos nas situações de vulnerabilidade indicadas legitima o ofendido a exigir a abstenção de determinada conduta (obrigação de não fazer), a prestação do Estado (obrigação de fazer) ou o dever de indenizar, 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.

No entanto, o Presidente da República, como mandatário da República, está obrigado a conferir, internamente, concretude imediata às normas de direito internacional de direitos humanos, para além de preservá-las, circunstância sobre a qual discorreremos a seguir.

5. INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 49, I, e 84, VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, FRENTE AO DISPOSTO NO ARTIGO 4º, II, DA CARTA DE 1988. COTEJO ENTRE OS §§ 1º E 2º DO ARTIGO 5º E O ARTIGO 4º

DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O PODER DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA DE FIRMAR OU NÃO UM TRATADO, VIABILIZÁ-LO E CONCRETIZÁ-LO

Neste tópico, impende verificar a existência de colisão entre o Estado de Direito e o Estado Democrático consubstanciada na concessão de poder potestativo ao Presidente da República e ao Congresso Nacional quanto à ratificação e a aprovação de tratados internacionais de Direitos Humanos.

Em decorrência do art. 4º, II, harmonizado com a previsão dos §§ 1º e 2º do art. 5º, da Constituição Federal, fala-se no 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 os agasalhe, 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 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).

Até esse ponto, no entanto, assistimos a uma postura reativa do Estado, provocada por aqueles que se acham vitimizados.

Ocorre que a ordem jurídica nacional e internacional demanda outra postura governamental, que é a de protagonista na defesa dos direitos humanos, de modo que os poderes do Presidente da República e do próprio Congresso Nacional no processo de ratificação e manutenção dos tratados de direitos humanos estão vinculados a princípios e regras positivadas na Constituição Federal, particularmente, no que aqui nos afeta, ao princípio encontrado no art. 4º, II, da Carta de 1988, aliado à circunstância irrefutável de que vivemos em um Estado Democrático de Direito

destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade 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” (Preâmbulo da Constituição Federal de 1988).

As normas constitucionais insertas nos arts. 4º, II, e 5º, § 2º, apregoam a supremacia dos Direitos Humanos, assim como a sua imediata efetividade.

O art. 84, VIII da Constituição Federal parece conferir poder ilimitado ao Presidente da República quanto à análise de requisitos tais como os de conveniência e oportunidade antes de ratificar tratados internacionais protetivos de Direitos Humanos. No entanto, cabem algumas considerações sobre o tema.

A norma constitucional em comento encontra-se amparada pelo Estado de Direito, vez que inserta no texto originário da Constituição Federal de 1988, fator apto inclusive a obstaculizar o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

Pode-se resumir o fenômeno constitucional ou aquilo que denominam Constitucionalismo, mais precisamente no caso brasileiro, como uma síntese do conteúdo da Constituição Federal de 1988, o qual se divide, basicamente, na estruturação do Estado (Soberano) e na previsão de direitos mínimos para os indivíduos e para a coletividade, consubstanciados nos direitos fundamentais (SOUZA e OLIVEIRA, 2017, p. 311).

Não podemos nos olvidar de que essa “construção” é pautada e deve ser interpretada com base em dois princípios estruturantes, como tal escolhidos pela Assembleia Nacional Constituinte: Estado Democrático e Estado de Direito. Tamanha deve ser a sinergia entre eles que o texto constitucional emprega a expressão “Estado Democrático de Direito”, a fim de consignar a correlação harmônica entre ambos, não se podendo admitir que um ou outro caminhe isoladamente.

Nesse sentido, o que buscamos frisar é a necessidade de que, ao analisar o conteúdo normativo constitucional do preceituado no inciso VIII do art. 84, não devemos fazê-lo apenas pautados no seu caráter de positivação originária, o que estaria de acordo com o denominado Estado de Direito, mas, a nosso ver, não condiria com o seu princípio estruturante “siamês”, o Estado Democrático. Tratando-se de Princípios Fundamentais estruturantes (Constituição Federal de 1988, artigo 1º *caput*), conectados como são, não podem ser invocados, aplicados e interpretados de modo apartado.

Assim, deve-se conferir interpretação sistemática e teleológica aos artigos 49, I, e 84, VIII, da Constituição Federal, harmonizando-os com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, máxime o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da

Constituição de 1988), e com os objetivos fundamentais da República relacionados no art. 3º da Carta Cidadã, de constituir uma sociedade livre, justa e solidária, de garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem assim de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Portanto, conclui-se que o poder conferido ao Presidente da República no tocante à internalização dos tratados internacionais de direitos humanos é vinculado – e não discricionário.

Dessa forma, garante-se a unidade da Constituição na busca da maior efetividade possível – leia-se concretização – dos direitos humanos e fundamentais.

A propósito, o Ministro Luís Roberto Barroso assevera que

“A ideia de unidade da ordem jurídica se irradia a partir da Constituição e sobre ela também se projeta. Aliás, o princípio da unidade da Constituição assume magnitude precisamente pelas dificuldades geradas pela peculiaríssima natureza do documento inaugural e instituidor da ordem jurídica. É que a Carta fundamental do Estado, sobretudo quando promulgada em via democrática, é o produto dialético do confronto de crenças, interesses e aspirações distintos, quando não colidentes” (BARROSO, 2008, p. 196). Mais ainda,

É precisamente por existir pluralidade de concepções que se torna imprescindível a unidade na interpretação. Afinal, a Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas ideias que configuram um núcleo irreduzível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes. O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre as normas. Deverá fazê-lo guiado pela grande bússola da interpretação constitucional: os princípios fundamentais, gerais e setoriais inscritos ou decorrentes da Lei Maior” (BARROSO, 2008, p. 196).

Dessa forma, reforçamos: ainda que originário de 1988, o poder potestativo do Presidente da República de ratificar tratados internacionais não se coaduna com um dos Princípios Fundamentais da Magna Carta, o Princípio Estruturante do Estado Democrático, o qual, como vimos, compõe a fórmula Estado Democrático de Direito.

Nessa linha, Sidney Guerra consigna que

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CR/88) constitui-se em marco importante, uma vez que tal valor impõe-se como critério de orientação e interpretação de todo o ordenamento. A dignidade da pessoa humana representa significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira o ordenamento jurídico dos Estados de Direito (GUERRA, 2017, p. 220).

Condizente com a obrigação de o Presidente da República, em ato vinculado, internalizar as normas de direito internacional de direitos humanos, viabilizando, dentre outras providências, a adesão do país aos tratados internacionais de direitos humanos, o autor acima invocado leciona que em relação aos direitos sociais de cunho prestacional, por exemplo, o Estado é obrigado a adotar providências como a adequação da legislação às demandas da sociedade, o planejamento e a implementação de políticas públicas acompanhadas de previsão de recursos efetivos e suficientes a tanto, tudo para garantir níveis essenciais de direitos, observando premissas de progressividade e proibição de retrocesso (GUERRA, 2017, p. 215-216).

Essas premissas delineiam a atuação do Presidente da República, de forma que, por exemplo, na hipótese de tratados de direitos humanos ratificados, a denúncia é inconcebível, posto que vedado o retrocesso na proteção dos direitos humanos.

A partir da incorporação do tratado, ele passa a integrar as cláusulas pétreas. Para nós, inclusive, o § 3º do art. 5º da Constituição Federal, fruto de Emenda, 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 a ajuizarem 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 Carta de Princípios.

As mesmas conclusões se aplicam aos tratados de direitos humanos ratificados que 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 apequenamento do resguardo dos direitos humanos no país e na ofensa ao previsto nos §§ 1º e 2º do art. 5º, interpretados 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.

Entretanto, o Presidente da República não pode se mostrar desinteressado na ratificação de tratados já assinados ou indiferente em face de tratados disponibilizados para adesão.

Em apoio a essas conclusões, convém tecer algumas considerações sobre universalização, indivisibilidade, vedação de retrocesso e soberania e proteção internacional

dos direitos humanos.

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 (2016, p. 209), considerando a diversidade cultural característica da humanidade.

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, pesca predatória, descarte de resíduos e 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 Vihéar (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).

Arelada 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 proteção tão massiva ou generalizada” que ofenderia o Estado Democrático de Direito (QUEIROZ, 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 (RAMOS, 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”.

Defendemos a inconstitucionalidade do § 3º do art. 5º da Constituição Federal⁶, o que afasta entendimentos doutrinários no sentido de que cabe a denúncia, fruto de poder discricionário do Presidente da República, se o tratado tiver sido ratificado pelo quórum comum. Não se cogita da denúncia se a aprovação ocorrer pelo quórum qualificado, porque neste último caso estaria dentre as cláusulas pétreas⁷.

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).

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

⁶ 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.

⁷ 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.

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), esses parâmetros trazem dados importantes⁸ sobre a adesão de países a tratados⁹ 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 discorre:

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

⁸ Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas. **Status of ratifications of the principal international human rights treaties**. Disponível em: <http://www.unhcr.ch/pdf/report.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2017.

⁹ Expressão utilizada em sentido amplo.

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 (ALVES, 2015, p. 5-6).

A Declaração pode, assim, ser encarada, conforme assinala Francesco Capotorti, como tendo “efeitos legais complementares” à Carta¹⁰.

Afinado com o artigo 4º, II, da Constituição Federal, Alves, 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 que

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 (ALVES, 2015, p. 28-29).

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

¹⁰ 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.

compromissos mútuos em convenções internacionais, que diminuem a competência discricionária de cada contratante, eles *restringem* a sua soberania”, o que constitui 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 Nações¹¹, porque estamos diante de matéria de interesse de toda a comunidade mundial.

Valério de Oliveira Mazzuoli, após lembrar as lições de Fábio Konder Comparato a respeito, 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:

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*” (MAZZUOLI, 2002, p. 173-174 - destaques no original).

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

O sentido desta última declaração de princípio parece ser o da supremacia dos

¹¹ 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”.

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-ingêrência 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 (COMPARATO, 1996, p. 282).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A existência humana há de se assentar em um patamar mínimo de bem-estar e na oportunidade de desenvolvimento individual e social, de modo a que se possa afirmar distanciada de atos discriminatórios, ofensivos à liberdade, à igualdade e à fraternidade entre as pessoas.

O arcabouço normativo apto a garantir essas condições de vida deve ser composto pela legislação interna, mas também pelas normas de direito internacional, das quais os tratados se destacam na qualidade de instrumentos indispensáveis de veiculação e de incorporação progressiva dos direitos humanos no país.

Entre nós, o Presidente da República e o Congresso Nacional desempenham papéis fundamentais no processo de internalização das normativas de direito internacional dos direitos humanos, competindo-lhes, respectivamente, celebrar tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, VIII, da Constituição Federal), e referendá-los (art. 49, I, da Carta Magna).

Respeitado o entendimento daqueles que vislumbram ser discricionário o poder conferido ao Presidente da República nessa seara, entendemos que o seu desiderato, na hipótese, é vinculado, havendo de postar-se como protagonista na defesa dos direitos humanos.

Os poderes do Presidente da República e do próprio Congresso Nacional no processo de ratificação e manutenção dos tratados de direitos humanos estão vinculados a princípios e regras positivadas na Constituição Federal, particularmente, no que aqui nos afeta, ao princípio encontrado nos arts. 1º, III, e 4º, II, da Carta de 1988, aliado à circunstância irrefutável de que vivemos em um Estado Democrático de Direito “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade 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” (Preâmbulo da Constituição Federal de 1988).

Assim, deve-se conferir interpretação sistemática e teleológica aos artigos 49, I, e 84, VIII, da Constituição Federal, harmonizando-os com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, máxime com o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição de 1988), bem assim com o princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) e os objetivos fundamentais da República relacionados no art. 3º da Carta Cidadã, de constituir uma sociedade livre, justa e solidária, de garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem assim de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Apenas por intermédio de tal interpretação conglobada pode-se sustentar a harmonia intrínseca da Constituição Federal quanto ao tratamento do tema, de forma a preencher a vocação do Brasil de Estado Democrático de Direito.

7. REFERÊNCIAS

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, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição – Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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 proteção aos direitos humanos e a organização federal de competências. In: **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. 2ª ed. San José: C. R., 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos**. 5ª 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.

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. **Curso de direitos humanos**. 5ª ed. São Paulo: Método, 2018.

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.

OLIVEIRA, Danilo; SOUZA, Motaui Ciocchetti de. A representação do partido político no Congresso Nacional como condição para a impetração de mandado de segurança coletivo – uma exigência antidemocrática. In: **Revista de Processo**. São Paulo, v. 271, 2017.

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.

PÉREZ LUÑO, Antônio. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**. Portugal: Coimbra, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva,

2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 12ª 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.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TRINDADE. **Princípios do direito internacional contemporâneo**. 2ª ed. Brasília: FUNAG, 2017.

TRINDADE. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

Data da submissão: 27/01/2021
Data da primeira avaliação: 27/01/2021
Data da segunda avaliação: 27/01/2021
Data da aprovação: 27/01/2021